

PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ  
FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico de la Casación N°1609-2019/MOQUEGUA

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada  
que presenta:

Silvia Graciela Mallqui Castro

ASESOR:

Daniel Simón Quispe Meza


Lima, 2023

## Informe de Similitud

Yo, DANIEL SIMON QUISPE MEZA, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico de la Casación N°1609-2019/MOQUEGUA", del autor / de la autora SILVIA GRACIELA MALLQUI CASTRO, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 33%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/07/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 13 de julio del 2023

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: QUISPE MEZA, DANIEL SIMON	
DNI: 70437387	Firma: 
ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0002-5979-4744">https://orcid.org/0000-0002-5979-4744</a>	

## RESUMEN

El presente informe de relevancia jurídica tiene como objetivo realizar un análisis crítico de la Casación N° 1609-2019/Moquegua, mediante la cual se anula la sentencia absolutoria del imputado Christian Mario Rospigliosi Mendoza. Al respecto, se han identificado dos problemas jurídicos: el primer problema referido al tratamiento del delito de peculado doloso por apropiación como un delito de infracción de deber y no como un delito de dominio de hecho, enfocándonos en aclarar el contenido del elemento típico “por razón de su cargo” desde la distinción entre los deberes generales y los deberes específicos.

El segundo problema referido a la aplicación del principio de confianza en una entidad pública como organización estructurada jerárquicamente, abordado desde la figura del funcionario público superior con vínculo funcional, quien ostenta una posición de garante reforzada, al asumir el deber de controlar y vigilar el bien público y a sus subordinados, a partir de un deber específico establecido por el ordenamiento jurídico.

En este sentido, con el desarrollo del trabajo, desde la doctrina y la jurisprudencia, se concluye que los magistrados de primera y segunda instancia aplicaron erróneamente la teoría del dominio del hecho, lo cual conlleva a la absolución del imputado. Asimismo, se evidencia que la Corte Suprema incurre en un defecto de motivación insuficiente en su pronunciamiento sobre la aplicación del principio de confianza.

**Palabras clave:** Infracción del deber, peculado doloso por apropiación, elemento por “razón de su cargo”, principio de confianza, funcionario público superior

## **ABSTRACT**

The main objective of this report of legal relevance is to carry out a critical analysis of Cassation No. 1609-2019/Moquegua, which annulled the acquittal of the accused Christian Mario Rospigliosi Mendoza. In this regard, two legal problems have been identified. The first problem referred to the treatment of the crime of intentional embezzlement by appropriation as a crime of infraction of duty and not as a crime of de facto domain, focusing on clarifying the content of the typical element "by reason of the position", from the distinction between general duties and specific duties.

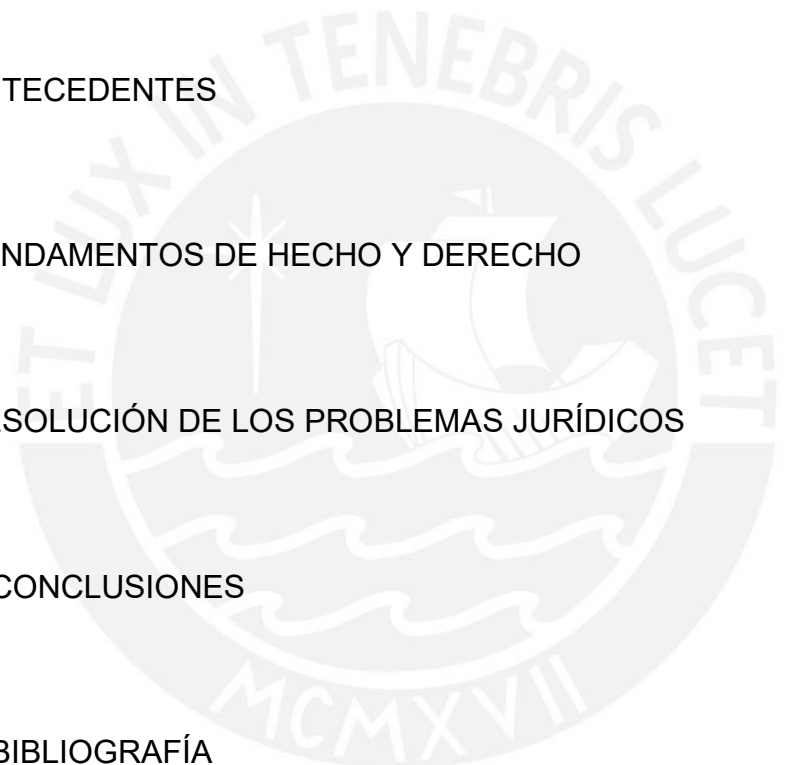
The second problem relates to the application of the principle of trust in a public entity as a hierarchically structured organization, approached from the figure of the senior public official with functional link, who holds a position of reinforced guarantor, assuming the duty to control and monitor the public good and his subordinates, from a specific duty established by the legal system.

In this regard, with the development of the work, from doctrine and jurisprudence, it is concluded that the judges of first and second instance misapplied the theory of the domain of fact, which led to the acquittal of the accused. In addition, it is evident that the Supreme Court incurs a defect of insufficient motivation in its pronouncement on the application of the principle of trust.

**Keywords:** *Infraction of duty, malicious embezzlement due to appropriation, element "by reason of the position", principle of trust, senior civil servant*

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
I. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN	2
II. ANTECEDENTES	3
III. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO	8
V. RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	12
VI. CONCLUSIONES	38
VII. BIBLIOGRAFÍA	41



## PRINCIPALES DATOS DEL CASO

<b>N° EXPEDIENTE</b>	<b>CASACIÓN N. 1609-2019/MOQUEGUA</b>
<b>ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO</b>	Derecho penal y Derecho Procesal Penal
<b>IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES</b>	-
<b>DEMANDANTE / DENUNCIANTE</b>	Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal de Moquea
<b>DEMANDADO / DENUNCIADO</b>	Christian Mario Rospigliosi Mendoza
<b>INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL</b>	Corte Suprema de Justicia de la República
<b>AGRAVIADO</b>	Gobierno Regional de Moquegua

## INTRODUCCIÓN

¿Corrupción sistemática y endémica?, acorde al Índice de Percepción de la Corrupción 2022, elaborado por Transparencia Internacional, el Perú es considerado uno de los países con mayores índices de corrupción a nivel mundial, al obtener un puntaje de 36 sobre 100, cuyo estándar varía desde 0 (máxima corrupción) a 100 (mínima corrupción) (Solis, 2023).

Asimismo, la Defensoría del Pueblo elabora un informe estadístico mediante el cual concluye que, en nuestro país, el delito con mayor incidencia de perpetración es el delito de peculado, al registrar un porcentaje de 34%, equivalente a 9297 de un total de 27 275 casos (2022, p. 3).

Ante dicho panorama, resulta preciso realizar un análisis sobre el delito de peculado doloso por apropiación como delito de infracción de deber, a través de la Casación N° 1609-2019 Moquegua que permite evidenciar, desde la práctica judicial, las consecuencias jurídicas de una incorrecta interpretación del referido delito y la necesidad de clarificar elementos dogmáticos que aporten a su correcta aplicación.

En este sentido, la estructura del presente informe es abordada desde seis capítulos. Primero, se detalla las razones que justifican la elección de la presente casación. Segundo, se identificará los hechos relevantes y el *iter procesal* del caso. Tercero, se desarrollará los principales fundamentos de hecho y de derecho adoptados por los magistrados de la Sala Suprema. Respecto al cuarto y quinto capítulo, se encuentran enfocados a identificar y, posteriormente, analizar los problemas jurídicos de la resolución.

Por un lado, como primer problema, se abordará el delito de peculado por apropiación como un delito de infracción de deber y no como un delito de dominio de hecho, desde el análisis del contenido normativo del elemento típico “por razón de su cargo”, y la diferenciación entre los deberes generales y los deberes específicos. Por otro lado, como segundo problema, se analizará la aplicación

del principio de confianza en una entidad pública como organización jerarquizada, desde la figura del funcionario público superior con relación funcional, quien ostenta el deber de controlar y vigilar a sus subordinados, a fin de poder brindar un criterio de interpretación de esta figura dogmática para ser aplicado a los delitos contra la administración pública.

Finalmente, para culminar la investigación, se procederá a detallar las conclusiones arribadas a lo largo del trabajo.

## I. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN

La justificación para elegir la Casación N° 1609-2019/MOQUEGUA se encuentra en que permite estudiar la naturaleza jurídica del delito de peculado por apropiación como un delito de infracción de deber, en tanto pone en evidencia mediante su *iter procesal*, cómo un análisis erróneo de los delitos contra la Administración Pública propicia la impunidad y vulnera la política de lucha contra la corrupción.

Asimismo, versa sobre la aplicación del principio de confianza al analizar la responsabilidad penal en las entidades públicas organizadas jerárquicamente, tal como el Gobierno Regional de Moquegua. Ello permite realizar un estudio dogmático desde la imputación objetiva, analizar la posición de garante de los funcionarios públicos que ostentan una relación funcional y determinar si resulta pertinente aplicar el referido principio.

Ello, bajo la consideración que acorde a un estudio realizado por la Defensoría del Pueblo, titulado “Mapas de la corrupción en el Perú durante el 2017-2020”, se obtuvo como resultado que el delito de peculado es el delito con mayor incidencia en nuestro país, al obtener un porcentaje de 34% (2022, p. 3). Asimismo, el estudio indica que las entidades agraviadas con mayor incidencia son los Gobiernos Regionales y las Municipalidades Provinciales, al obtener un porcentaje de 26% (2022, p. 4).



Por tanto, mediante el informe realizado, se busca contribuir a esclarecer los problemas jurídicos identificados que serán materia de desarrollo y clarificar la interpretación del delito de peculado doloso por apropiación, desde un análisis sustantivo y procesal.

## **II. ANTECEDENTES**

En el presente apartado, se procederá a desarrollar los hechos relevantes y el *iter procesal* de la Casación N° 1609-2019/MOQUEGUA.

### **2.1. Identificación de los hechos relevantes del caso**

El 17 de febrero de 2015, el Gobierno Regional de Moquegua, mediante el Acuerdo de Consejo Regional 20-2015-CR-GRM, declara en estado de emergencia la provincia Mariscal Nieto y la provincia General Sánchez Cerro del departamento de Moquegua, por un plazo de 60 días calendarios, producto del fenómeno de lluvias.

Ante ello, el Gobierno Regional de Moquegua realizó un requerimiento a las empresas Southern Copper Corporation (SPCC) y Anglo American Quellaveco; en razón del cual, recibió, en calidad de donación, tres mil quinientos (3 500) galones y tres mil (3 000) galones, respectivamente, obteniendo un total de seis mil quinientos (6 500) galones de petróleo diésel – dos.

Las donaciones de combustible fueron recibidas por Christian Mario Rospigliosi Mendoza, en representación del Gobierno Regional de Moquegua, con el objetivo de ser empleadas para fines asistenciales. Ello, en su condición de funcionario público, por ocupar, primero, el cargo de Jefe de la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico (OSEM), durante el periodo del 7 de enero de 2015 al 16 de marzo 2015 y, luego, ejerció el cargo de Asistente Técnico de la OSEM, desde el 17 de marzo de 2015.

El señor Rospigliosi Mendoza contaba con el “*Cuaderno de Registro y Suministro donado por las empresas Southern Copper Corporation y Anglo American Quellaveco*” (Cuaderno de Registro y Suministro en adelante) utilizado para

llevar el registro de abastecimiento del combustible donado desde el 15 de febrero al 01 de marzo de 2015. Asimismo, elaboró unos formatos denominados “Control de Combustible”.

Ante el pedido realizado por las empresas donantes, respecto a la administración del combustible, el imputado Christian Rospigliosi elaboró y suscribió los documentos detallados a continuación:

- i) Informe 039-2015-OSEM-GRI/GR.MOQ, con fecha 19 de febrero de 2015, contiene la elaboración de un cuadro que especifica datos referidos al operador, vehículo, destino y la cantidad de galones de petróleo suministrados, respecto al uso de 1000 galones.
- ii) Carta 002-2015-CRM, con fecha 23 de julio de 2015, amplía el informe remitido anteriormente sobre la administración del combustible, adjuntando documentos adicionales en cuatro cuadros.
- iii) Carta 003-2015-CRM, con fecha 03 de agosto de 2015, adjunta los cuatro cuadros anteriores y un registro fotográfico (41 fotografías) sobre los sectores intervenidos.

Sin embargo, se determinó que las cantidades de galones de combustible detalladas en el “Cuaderno de Registro y Suministro” y los formatos de “Control de Combustible” fueron adulteradas, de forma aumentativa, por el imputado. Dicha información inflada fue utilizada para elaborar los documentos detallados sobre el uso del combustible.

Ello, conforme a la Pericia de Grafotecnia N° 077-2016, se determinó que 806 galones de petróleo diésel – dos fueron considerados como suministrados, pese a no haber sido utilizados, cuyo valor asciende aproximadamente a 7 mil 560 soles con sesenta céntimos . Asimismo, la Pericia Contable de fecha 22 de agosto de 2017, estima que la sumatoria real como máximo alcanzaría la cantidad de 5 694 galones.

Además, respecto al registro fotográfico de la Carta 003-2015-CRM, acorde al cual se daba cuenta sobre el trabajo realizado en determinados lugares afectados de la región, se determinó que contenía fotografías correspondientes

a fechas anteriores, de modo que se brindó información irreal. Ello, corroborado por la Oficina de Defensa Civil, puesto que el sector que figura en la foto no sufrió daños durante el fenómeno de lluvias en el año 2015, y tampoco se ha registrado que esa zona recibió combustible.

Sumado a ello, el posterior jefe de la OSEM, Jesús Alvarado Pacheco, manifiesta que conforme al *Kardex de combustible*, de los 3 500 galones donados por la empresa SPCC, sobraron tres galones, pero en el informe remitido por el imputado se indicó que habían sido diluidos, cuando ya habían sido declarados como sobrantes.

Asimismo, se tomaron las declaraciones de los trabajadores del Gobierno Regional de Moquegua: i) Jesús Alvarado Pacheco, el Jefe de la OSEM desde el 17 de marzo, indica que el señor Rospigliosi era el encargado del Cuaderno de Registro y ordenaba el control del combustible, ii) Franciso Coayla Mamani, operador de volquete, manifiesta que el procesado realizaba las coordinaciones de la OSEM, iii) Silvia Meneses Sánchez, indica que el imputado recibió el combustible donado y era el encargado de administrarlo, pero no lo vio realizarlo, iv) Anibal Condori Pilco, operador del volquete, declara que el imputado era quien daba las órdenes para la entrega de combustible a las unidades, pero lo ejecutaba otro personal, tal como el señor Leonel Gonzales.

Ante ello, el órgano de Control Institucional del Gobierno Regional de Moquegua, informa la existencia de un riesgo potencial sobre un mal uso del combustible donado, al haber sido utilizado para fines distintos a los institucionales.

Finalmente, la empresa Anglo American Quellaveco, mediante carta con fecha 10 de marzo 2015 y escrito con fecha 12 de octubre de 2015, remitido al Presidente Regional de Moquegua solicita un informe sobre el uso del combustible. No obstante, a pesar de los requerimientos reiterativos el acusado no los atendió de manera oportuna.

A continuación, se procederá a desarrollar el itinerario procesal de la causa en primera y segunda instancia.

## **2.2. Desarrollo del iter procesal**

El 13 de septiembre de 2016, la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal de Moquegua emite Disposición de Formalización y Continuación de Investigación Preparatoria.

El 7 de junio de 2018, formula requerimiento acusatorio contra Christian Mario Rospigliosi Mendoza, en su condición de servidor público, entre los días 15 de febrero al 31 de marzo de 2015; primero, al ocupar el cargo de Jefe encargado de la Oficina de Servicios y Equipo Mecánico (OSEM), durante el 07 de enero al 16 de marzo de 2015, y, posteriormente, ostenta el cargo de asistente técnico de dicha Oficina, desde el 17 de marzo de 2015, como autor del delito de peculado doloso por apropiación agravada en agravio del Gobierno Regional de Moquegua, sancionado en el artículo 387, primer y tercer párrafo, del Código Penal. Ante ello, solicita la pena de ocho años y ocho meses de pena privativa de la libertad, cuatrocientos días multa.

El 27 de marzo de 2019, mediante la sentencia de Primera Instancia, resuelve absolver al imputado debido a las siguientes razones:

i) No se corroboró que el encausado realizó las modificaciones al Cuaderno de Registro, puesto que el perito solo determinó que hubo adulteraciones, al no haber solicitado el Ministerio Público determinar el puño gráfico proveniente de la adulteración, .

ii) No se corroboró la relación funcional directa del encausado con el combustible, ni la disponibilidad jurídica, puesto que conforme a las declaraciones de los testigos Porfirio Eleazar Cuayla Mamani, Fredi Luis Mamani Mamani, Jesús Ángel Alvarado Pacheco, Francisco Freddy Coayla Mamani, Yoselyne Meneses Sánchez, Mao Richard Yufra Mendoza y Brenzon Carlos Zúñiga Saira, manifiestan que el señor Leonel Gonzales era el encargado del Cuaderno de Registro y de la distribución del combustible, el imputado no realizaba apuntes en dicho cuaderno, ni tenía disposición directa del mismo. Por tanto, no contaba con poder de vigilancia o control, al ser otra persona a cargo de dichas funciones.

Ante dicha sentencia, la Fiscalía interpuso recurso de apelación, al considerar que el juzgado no se pronunció respecto a la posesión del combustible por parte del encausado, en relación a los deberes que ostenta su cargo.

Conforme al Manual de Organización y Funciones (MOF) y al Oficio 402-2015-ORCI/GR.MOQ, la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico (OSEM) era la encargada del uso, control y racionalización del combustible asignado a vehículos y maquinarias, de forma que el imputado debía cumplir dichas funciones, primero en su cargo de Jefe y luego como asistente técnico. Asimismo, el “Cuaderno de Registro” tenía la firma y sello del imputado, en cada folio, y fue el encargado de rendir cuentas a las empresas.

El 10 de julio de 2019, el Tribunal Superior, confirmó la sentencia de primera instancia, indicando lo siguiente:

- i) El encausado no niega haber recibido los galones de combustible, pero manifiesta que no se encargaba de llevar el control, sino era el asistente técnico -Leonel González-, de modo que solo firmó porque era jefe de la OSEM y desconocía su adulteración.
- ii) Concluye como hechos convenidos que el servidor Leonel Gonzales era el encargado del suministro, utilizaba y llenaba el Cuaderno de Registro. En base a ello, desacredita que el imputado sea el encargado de suministrar y registrar el combustible, actuó bajo el principio de confianza por la distribución funcional. Por tanto, al elaborar los informes para los donatarios, se basó en la única fuente de control, el “Cuaderno de Registro”, actuando dentro de sus funciones.
- iii) El Ministerio Público no solicitó que la pericia grafotécnica determine a quien corresponde las adulteraciones y dicha omisión no puede trasladarse al imputado. Por ello, prima la presunción de inocencia.

Contra dicha sentencia, el Fiscal Superior interpone recurso de casación por infracción del presupuesto material y violación de la garantía de motivación, conforme al artículo 429º, inciso 3 y 4, del Código Procesal Penal. Al respecto,

invoca una errónea interpretación del principio de confianza, la posición de garante y el deber de vigilancia que eran atribuidos al imputado.

El 26 de julio de 2021, mediante la Sentencia Casatoria N° 1609-2019/Moquegua, los magistrados San Martín Castro, Sequeiros Vargas, Coaguila Chávez, Torre Muñoz y Carbajal Chávez, por unanimidad, declararon fundado el recurso de casación interpuesto el Fiscal Superior de Moquegua. Asimismo, se declaró nula la sentencia de primera instancia y dispuso que se realice un nuevo juicio oral por otros jueces.

A continuación, culminada la explicación del iter procesal, corresponde detallar los fundamentos de hecho y derecho determinantes para la resolución de la presente sentencia de casación.

### **III. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO**

En este apartado, se procederá a detallar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia, los cuales buscan determinar la autoría del imputado Rospigliosi Mendoza por apropiarse de los galones de petróleo donados al Gobierno Regional de Moquegua, en razón del cargo funcional específico y la aplicación del principio de confianza como supuesto de exclusión de la imputación objetiva.

Como primer argumento, la Sala establece que el delito de peculado por apropiación constituye un delito de infracción de deber con elementos de dominio, bajo la aplicación de la tesis de Silva Sánchez, ya que considera que la relación entre el agente y el bien público se determinan por contextos normados, en tanto su responsabilidad penal se encuentra establecida por medio de una competencia institucional. Asimismo, plantea que este delito exige un elemento de dominio u organización al trascender a la sola vinculación institucional.

Asimismo, indica que este delito sanciona al agente que se apropia de los caudales o efectos públicos, destinados para la atención de las necesidades comunes, debido a la razón de su cargo, al desarrollarse dentro de una estructura administrativa. Respecto al elemento de apropiación exige: i) el caudal

o efecto público debe encontrarse bajo la administración del funcionario público, quien debe disponerlo para fines comunes, ii) evade esa responsabilidad encomendada y dispone de los bienes como si fueran propios.

En segundo lugar, el procesado Rospigliosi Mendoza recibió el combustible donado y la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico (OSEM), la cual se encontraba a su cargo, era la encargada de la administración de dicho combustible, al tener que administrar su uso para las unidades vehiculares del Gobierno Regional de Moquegua por el estado de emergencia presentado. Sin embargo, se determinó que se habían realizado 21 adulteraciones al “Cuaderno de Registro”. Producto de ello, se detectó que parte del combustible, 806 galones, fueron objeto de apropiación, por un monto de S/7 560. 60.

Además, conforme al MOF de la Jefatura de la OSEM, en el apartado 3.5. establece que le corresponde “organizar, coordinar, dirigir, ejecutar, controlar y evaluar el servicio de maquinarias y equipos como soporte logístico”. Sin embargo, el Tribunal Superior establece que el encargado directo de suministrar combustible y controlar el “Cuaderno de Registro” era el asistente Leonel Gonzales. Asimismo, el perito no determinó la autoría de las adulteraciones. Por ello, argumenta que el imputado actuó en base al principio de confianza y que los actos realizados son neutrales propios de su función como jefe.

En tercer lugar, sobre las exigencias probatorias, debe indicarse que deben realizarse desde los hechos abstractos de la norma penal y los hechos concretos del caso, estos deben subsumirse en los primeros. En este sentido, sobre la prueba pericial, la Sala indica que la interpretación realizada por los jueces de mérito ha sido tergiversada, en tanto que, si bien la pericia grafotécnica solo se pronuncia sobre las adulteraciones realizadas en el “Cuaderno de Registro”, no resulta relevante que se pronuncie sobre quién efectuó las adulteraciones, puesto que lo importante es acreditar la adulteración de dicho cuaderno, y ello permite determinar los galones apropiados y su tasación.

Sobre la interpretación y valoración de la prueba, la Sala indica que los jueces de mérito realizaron una mala interpretación sobre la función de administrar

encomendada a la OSEM, sobre la titularidad del “Cuaderno de Registro” y tampoco interpretaron correctamente la información brindada por los testigos, al no ser vinculada como corresponde.

Para esto indican que no se requiere corroborar que el imputado adulteró personalmente el “Cuaderno de Registro”, en tanto que no se trata de un delito de dominio del hecho, sino que lo relevante es la infracción al deber específico encomendado por su institución pública. En este sentido, el imputado era el encargado de administrar el combustible donado, al contar con disposición del mismo, y contaba con el deber de controlar el Cuaderno de Registro, al estar bajo su cargo, pese a que sea el asistente quien realice directamente las anotaciones.

Finalmente, manifiestan que el delito de peculado fue cometido dentro de una organización pública que tiene determinada las competencias funcionales internas, tanto la adulteración y la falsedad documental puede ser cometida por un dependiente, pero el imputado como jefe y superior contaba con un deber positivo especial fijado en el ROF, MOF y ejecutado en la práctica cotidiana, corroborado por su entorno laboral, de modo que debió haber evitado dichos actos desde su deber de control, por lo que bajo este argumento se excluye el principio de confianza.

#### **IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS**

En este apartado, se procederá con el desarrollo de los problemas jurídicos identificados en la Casación N° 1609-2019/MOQUEGUA, para posteriormente realizar un análisis de los mismos y asumir una determinada postura.

##### **4.1. El tratamiento del delito de peculado por apropiación como un delito de infracción de deber y no como un delito de dominio de hecho**

El primer problema jurídico identificado versa sobre el tratamiento realizado por el Juzgado Colegiado Penal, en primera instancia, y el Tribunal Superior, en segunda instancia, respecto al delito de peculado por apropiación, puesto que



optaron por aplicar un razonamiento basado en la teoría del dominio del hecho, lo cual conlleva a la absolución del imputado Christian Mario Rospigliosi Mendoza, al no existir elementos probatorios que permitan corroborar que fue el procesado quien adulteró personalmente el Cuaderno de Control.

Por ende, resulta necesario diferenciar las consecuencias jurídicas de la aplicación de la teoría de infracción de deber y la teoría de dominio del hecho, ya que la problemática se encuentra al optar por una u otra teoría para resolver un caso penal, y arribar a un diferente resultado. Específicamente, en los delitos contra la administración pública, cuyo enfoque debe ser acorde a la política criminal contra la lucha de la corrupción.

Si bien conforme al pronunciamiento de la Sala, el delito de peculado por apropiación materialmente es un delito de infracción de deber, indica que cuenta con elementos de dominio u organización, trascendentes a una pura vinculación institucional. Es decir, se trata de un delito de infracción de deber, pero con elementos de dominio.

En este sentido, procederemos a establecer la teoría aplicable al delito de peculado para determinar la autoría. En base a ello, se debe evaluar la infracción del deber especial, la cual se encuentra relacionada con el elemento normativo “por razón del cargo”. Por tanto, dada la problemática surgida para los magistrados en primera y segunda instancia, se determinará si el imputado Christian Mario Rospigliosi Mendoza, al asumir el cargo de Jefe de la Oficina de Servicios y Equipos Mecánicos, contaba con una relación funcional y disponibilidad sobre el combustible donado que era administrado mediante el “Cuaderno de Registro” a cargo del Asistente Técnico de la referida oficina.

#### **4.2. Alcances del principio de confianza en una entidad pública como organización estructurada jerárquicamente**

El segundo problema jurídico a abordar está enfocado en determinar si resulta aplicable el principio de confianza como supuesto excluyente de la imputación objetiva del delito de peculado como uno de infracción de deber, conforme a la

tesis planteada por el Tribunal Superior, al sustentar su resolución de absolución del procesado Christian Mario Rospigliosi Mendoza la configuración de dicho principio.

Al respecto, la Sala concluye que no resulta aplicable el principio de confianza, en tanto el imputado debía controlar la actuación o el trabajo de otro; no obstante, no brinda un desarrollo de fondo sobre la figura y se limita a indicar que es incorrecta la interpretación brindada en los delitos de infracción de deber.

Por tanto, se incurre en un defecto de motivación insuficiente, teniendo en consideración que el fundamento principal del recurso casacional interpuesto por la Fiscalía era que el Tribunal Superior interpretó erradamente el principio de confianza para confirmar la absolución de los cargos penales y no poder atribuir la responsabilidad penal.

En este sentido, era trascendental un pronunciamiento de fondo respecto al principio de confianza aplicado al caso en concreto. Dicha omisión hubiese podido brindar los lineamientos de su aplicación en los delitos de infracción de deber, especialmente respecto al delito de peculado. Asimismo, pudo evitar erróneas interpretaciones de los operadores jurídicos e impedir la impunidad, para futuros casos, al ser vinculantes las decisiones de la Corte Suprema.

Finalmente, ante este escenario, se propondrá una interpretación relacionada con el principio de confianza aplicado a la administración pública como organización jerarquizada, enfocado en el funcionario público superior con vínculo funcional.

## **V. RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS**

Conforme a lo indicado en el apartado anterior, se procederá con el análisis y resolución de los problemas jurídicos identificados en la presente Casación.

### **5.1. El tratamiento del delito de peculado doloso por apropiación como un delito de infracción de deber y no como un delito de dominio de hecho**

Frente al primer problema jurídico se procederá a determinar el tratamiento del delito de peculado por apropiación como un delito de infracción de deber. Posteriormente, nos enfocaremos en analizar la configuración del elemento típico por razón de su cargo a la luz de la mencionada teoría. En base a ello, se procederá con el análisis de la Casación.

#### **5.1.1. Sobre la teoría del dominio del hecho y la teoría de infracción de deber**

Para resolver el problema jurídico debemos partir diferenciando la teoría del dominio de hecho y la teoría de infracción de deber. A partir de ello, indicar el criterio aplicable para analizar la autoría de Christian Mario Rospigliosi Mendoza respecto al delito de peculado doloso por apropiación. Ello permitirá evidenciar el error en el razonamiento de los magistrados en primera y segunda instancia. Asimismo, servirá para aclarar la posición adoptada por la Corte Suprema.

Dentro de las diferentes clasificaciones de los delitos, planteadas por la dogmática penal, se debe resaltar aquella que distingue los delitos comunes y los delitos especiales, cuya diferencia se enfoca en el agente que comete el hecho típico. Por un lado, en los delitos comunes, el tipo penal no exige que el autor cuente con una cualidad especial, de modo que cualquier persona puede ser autor. Por otro lado, de manera contraria, en los delitos especiales, el agente requiere de una condición especial, determinada por un deber específico que le ha sido otorgada por la norma para el cuidado del bien (Arismendiz, 2016, p. 63).

Ahora bien, cabe resaltar que delitos especiales son diferentes a los delitos de infracción de deber, puesto que tratan de categorías con contenidos y funciones particulares, pero que pueden coincidir formalmente. Sobre los delitos especiales, se debe tener en consideración que se caracteriza porque existe un elemento típico especial exigido para ser autor del delito, de forma que su función es limitar el círculo de autores, pero no constituye un criterio para determinar la autoría y participación, como en el caso de los delitos de infracción de deber, tal como se desarrollará a continuación (Pariona, 2011).

A fin de determinar y delimitar las formas de intervención, autoría y participación, se plantean teorías que buscan establecer el criterio aplicable para su definición.

En este sentido, Roxin formula una concepción de la teoría del dominio del hecho, cuya finalidad es alcanzar un concepto general de autoría, de modo que la figura central de su teoría es el autor, al ser la clave en la realización de la acción en un determinado suceso (2016, p. 130).

La idea básica es que “autor es quien domina el hecho, esto es, quien con su actuación decide o tiene en las manos el sí y el cómo del acontecer típico, del proceso que desemboca en la producción del delito” (Díaz y García Conlledo, 2008, p. 19). En otras palabras, autor es aquel que conduce y controla, con sus propias manos, individual o conjuntamente, por medio de otro, el evento delictivo descrito por el tipo penal.

Cabe resaltar que, esta teoría ha sido adoptada como mayoritaria para determinar quién es autor y quién es cómplice en los delitos comunes (Salinas, 2018, p.94). Sin embargo, los criterios de esta teoría no resultan efectivos para brindar una respuesta razonable, en la determinación de la autoría y participación, en los delitos contra la Administración Pública, cuya esencia radica en otorgar un deber especial al funcionario o servidor público respecto a un determinado bien jurídico.

Ante ello, Roxin introduce la teoría de la infracción de deber, acorde a la cual lo relevante para determinar la autoría es verificar que el autor infringió el deber especial encomendado, sin importar quién tuvo el dominio del hecho durante su ejecución (Abanto, 2004 ,p.9). En este sentido, en los delitos de infracción de deber, no se aplican los criterios habituales de autoría, sino que se verifica la infracción de un deber extrapenal especial: será autor el que infringe el deber, aunque no domine el hecho (Díaz y García Conlledo, 2008, p. 19).

Por ende, en este tipo de delitos, la conducta puede ser realizada por cualquier otra persona, sin que sea determinante para imputar la autoría a aquel que cuenta con el deber especial (Abanto, 2004, p. 12).

En relación a ello, Rojas indica que, en este tipo de delitos, concurren los siguientes componentes: i) un sujeto activo vinculado previamente con el bien jurídico, como por deberes de naturaleza administrativa propios del sector público; ii) las conductas típicas restringen la autoría al funcionario o servidor público; iii) el quebrantamiento de los deberes extrapenales normativizados, al consumir la acción delictiva (2021, p. 217-219).

Asimismo, resulta necesario evaluar el fundamento material de los delitos de infracción de deber: el deber especial o deber extrapenal. Cabe resaltar que se utilizan diferentes nominaciones acorde a la teoría de infracción de deber adoptada, para efectos del presente informe será analizado bajo la tesis planteada por Claus Roxin.

En este sentido, corresponde diferenciar los deberes generales que son impuestos a toda la sociedad, de los deberes especiales que son el eje central de los delitos de infracción de deber. Sobre ello, Roxin indica que el deber extrapenal “se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y por lo general se originan en otras ramas jurídicas” (2016, p. 345). Tal como sucede en los delitos contra la Administración Pública, se sustenta en deberes y principios de la teoría general del Estado, los cuales fundamentan su existencia, englobados dentro del Derecho Constitucional (Salinas, 2018a, p.26).

Conforme a lo expuesto, podemos concluir que la principal diferencia entre ambas teorías radica en lo siguiente: para determinar la autoría en los delitos de infracción de deber, resulta irrelevante que el autor tenga dominio del hecho delictivo o no, sino que basta con verificar si ha infringido su deber especial otorgado, previamente, a la comisión del delito.

Sin perjuicio de ello, en la presente casación, la Corte Suprema asume otro criterio planteado por el autor Silva Sánchez que surge como una tesis intermedia conocida como: delitos de infracción de deber con elementos de dominio.

Esta tesis plantea que “existe un elemento de dominio u organización trascendente a la pura vinculación institucional. Se trataría de un delito de infracción de deber, pero en los que es posible una organización conjunta”. (García, 2006, p. 125). En otras palabras, se acogen elementos de la teoría del dominio de hecho para ser aplicadas a la teoría de infracción de deber desde la vertiente de Jakobs.

Entonces, desde la posición de la Corte Suprema el delito de peculado sería un delito de infracción de deber, pero con elementos de dominio. Sin embargo, asumir dicha postura resulta controvertida por dos motivos. Primero, genera complicaciones para la comprensión e interpretación de los delitos contra la Administración Pública, en tanto si ya resulta difícil para los operadores de justicia aplicar una u otra teoría, añadir una tercera opción conlleva a generar mayores problemas que soluciones.

Añadido a ello, Roxin critica esta teoría mixta al indicar que de ser aceptada se volvería a los problemas originarios para determinar la autoría y participación, como sucede en el caso del instrumento no cualificado doloso (Abanto, 2004, p. 12). Si bien es un tema que requiere de un propio desarrollo, resulta importante mencionarlo para evidenciar las consecuencias de la postura adoptada.

Segundo, genera incertidumbre jurídica respecto a los delitos contra la Administración Pública, al no contar con un criterio uniforme para determinar la autoría en este tipo de delitos, en tanto en anteriores resoluciones ha adoptado el criterio de considerar el delito de peculado como uno de infracción de deber en estricto, tal como en el Recurso de Nulidad N° 615-2015<sup>1</sup>, Casación N°102-2016-Lima <sup>2</sup>, Casación N° 1500-2017- Moquegua<sup>3</sup>, entre otros.

---

<sup>1</sup> Conocido, también, como el caso de los “Diarios Chicha”, en su considerando 2.2.1, indica que el delito de peculado es un delito de infracción de deber, ya que será la responsabilidad penal del autor está fundamentada en la transgresión de su deber institucional.

<sup>2</sup> En su considerando décimo quinto, plantea que el delito de peculado es un delito de infracción de deber, ya que se sanciona al agente que vulnera los deberes especiales previstos, siendo irrelevante el dominio del hecho.

<sup>3</sup> En su considerando primero, plantea que el delito de peculado es un delito de infracción de deber, ya que se construye en base a los deberes positivos impuestos a determinadas personas.

Aclarado el panorama, evidenciamos que para determinar la intervención delictiva en los delitos contra la Administración Pública, corresponde aplicar la teoría de la infracción de deber, puesto que la figura central es el autor que cuenta con un deber especial extrapenal y será responsable penal cuando se verifique la infracción del deber encomendado, sin ser relevante la forma cómo ha sido cometido. Por ende, esta postura se asumirá para el desarrollo del delito de peculado.

### **5.1.2. Sobre el elemento por razón de su cargo del delito de peculado**

Dado que el presente Informe, se encuentra enfocado en analizar la Casación Nº 1609-2019/Moquegua, respecto a la autoría del imputado por el delito de peculado doloso por apropiación, procederé a delimitar la investigación al elemento típico “por razón de su cargo” o relación funcional, a fin de determinar su contenido e interpretación a luz de los delitos de infracción de deber.

Para comenzar, se debe conocer la tipificación del delito en mención, conforme a lo regulado en el Código Penal:

#### **Artículo 387. Peculado doloso y culposo**

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos **cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo (...)** (resaltado nuestro)

En este sentido, el delito de peculado se configura cuando un funcionario o servidor público se apropia o utiliza de los bienes públicos, para su propio beneficio o para el beneficio de otro, cuya percepción, administración o custodia le son confiados por el cargo que ejerce en la entidad pública.

Conforme se observa del tipo penal, este delito no solo exige que el sujeto activo sea un funcionario o servidor público, sino que, adicionalmente, requiere de una vinculación con el objeto del delito (caudales o efectos), producto de las funciones que desempeña; también, conocido por la doctrina y jurisprudencia, como relación funcional. En otras palabras, no cualquier funcionario o servidor

público puede ser autor del delito de peculado, sino solo aquellos que cuenten con la relación funcional específica.

Al respecto, mediante el Acuerdo Plenario N° 4-2005, se define la relación funcional como el poder de vigilancia y control sobre los caudales y efectos, en base a la confianza otorgada al funcionario por su cargo (fundamento 7).

Asimismo, del tipo penal evidenciamos que el elemento “por razón de su cargo” puede originarse desde tres tipos de funciones: percepción, administración o custodia. Para efectos del presente informe, nos centraremos en la función de administrar, entendida como “la facultad de disponer de los bienes para aplicarlos a finalidades legalmente determinadas” (Abanto, 2003, p. 353). Entonces, se advierte que es condición necesaria para la configuración del delito de peculado que el bien público se encuentre, previamente, en posesión del funcionario, encargado de la administración, en base a sus facultades por razón del cargo desempeñado (Salinas, 2018, p. 419).

Cabe resaltar que la Corte Suprema, ya estableció que no resulta necesaria una tenencia material o directa, sino que basta una disponibilidad jurídica de los bienes públicos, entendida como la posibilidad de disponer libremente de los bienes confiados producto de su cargo (2005, fundamento 6).

Por tanto, sobre este punto se puede concluir que la relación funcional es el elemento típico más importante y se resume en los siguientes aspectos: i) existe una competencia específica por razón del cargo para percibir, administrar o cuestionar establecida en una norma extrapenal; ii) existe una relación de confianza por parte de Administración Pública con sus funcionarios, al asignarles atribuciones en virtud de su cargo; iii) existe un poder de cuidado de parte del agente sobre el bien público, iv) existe un deber de garantizar los bienes del estatales al encontrarse en posesión de los mismos (Rojas, 2021, p. 699-700)

Aclarado el contenido de este elemento normativo, corresponde vincular el deber extrapenal, desarrollado en el punto anterior, con el elemento por razón de su cargo del delito de peculado. Tal como se ha visto, se debe diferenciar los



deberes generales y los deberes específicos, siendo entendido, este último, como el fundamento de los delitos de infracción de deber: el deber extrapenal.

En este sentido, cabe preguntarse ¿cuál es el contenido del deber extrapenal? Y ¿cuál es su relación con el elemento típico por razón de su cargo?

Debemos partir señalando que el elemento por razón de cargo o relación funcional, no nace de la mera entrega de los caudales o efectos a un funcionario público, ni por costumbre, consenso, de manera ocasional, u otras circunstancias aledañas, sino que dispone del bien público porque existe una ley que lo determina (Abanto, 2003, p. 336-337). Entonces, podemos concluir que el deber extrapenal da origen a la relación funcional del agente público con el bien estatal.

Ahora bien, Roxin no brinda una explicación sobre el contenido de los deberes extrapenales, sino que deja al legislador la puerta abierta para que regule los deberes, funciones, competencias otorgados al agente público, al ser una decisión valorativa acorde a las realidades (Caro, 2003, p. 52).

Por tanto, para determinar el contenido de los deberes especiales se debe recurrir a las normas del ordenamiento jurídico peruano, tales como la Constitución Política, Ley de Bases de la Carrera Administrativa, leyes orgánicas, reglamentos, entre otros. Tal como lo manifiesta, la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N° 615-2015 Lima:

“la vinculación funcional tiene que ser verificado en el sector parcial social donde se desenvuelve la conducta del autor (...) se erige como un indicador normativo de las competencias propias al estatus especial en la estructura funcional. En primer orden, no todos son competentes de todo, solo se es responsable por la incorrecta administración personal de su ámbito de competencia. Es decir, cada funcionario responde por el deber especial que tiene determinado su ámbito de organización conforme lo establece el Reglamento de Organización de Funciones -ROF- y Manual de Organización y Funciones -MOF-, y no por todo aquello que acontece, ni por actuaciones inadecuadas de otros funcionarios o servidores” (fundamento 3.2).

En consecuencia, para verificar si un funcionario o servidor público cuenta con una relación funcional, debemos remitirnos a las normas de organización de la institución pública involucrada, como al Reglamento de Organización de Funciones (ROF) y Manual de Organización y Funciones (MOF), entre otras, puesto que, en virtud de dicha reglamentación, se establecen los deberes y funciones específicas encomendados al agente público; es decir, el deber específico o deber extrapenal que dan origen a la relación funcional.

Respecto, al ROF se debe indicar que es un documento técnico normativo que gestiona la organización de la estructura orgánica de una entidad, al establecer las competencias, funciones generales y funciones específicas que se asignan a las unidades de organización. Sobre el MOF, es un documento mediante el cual se establecen detalladamente las funciones generales y específicas de cada uno de los puestos de trabajo dentro de la entidad públicas, también las relaciones de autoridad.

Cabe aclarar que si bien partimos de la idea que el deber específico o deber extrapenal se encuentra establecido en el ordenamiento jurídico, dicha vinculación funcional de administrar, percibir o custodiar puede darse en términos genéricos o específicos (Hugo y Huarcaya, 2018, p. 213). Es decir, resulta válido atribuir dichos deberes mediante normas generales, que contienen funciones amplias para los funcionarios públicos, no siendo necesario remitirse solo a normas precisas.

Por ende, para verificar la configuración del elemento por razón de su cargo, como regla general se requiere constatar que, previamente, una norma establezca que el funcionario contaba con el deber específico de percibir, administrar o custodiar los bienes estatales.

### **5.1.3. Análisis del caso en concreto**

En el caso, tenemos que se le imputa al señor Christian Mario Rospigliosi Mendoza el delito de peculado por apropiación, hecho que se configura cuando

ejerció el cargo de Jefe de la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico (OSEM), durante el 7 de enero de 2015 al 16 de marzo de 2015 y, posteriormente, el cargo de Asistente Técnico de la referida Oficina, desde el 17 de marzo de 2015, en tanto se apropió para sí mismo de 806 galones de combustible, de los 6 500 galones recibidos para ser administrados, producto de la donación de empresas petroleras.

Sin embargo, el presente caso evidencia cómo una incorrecta interpretación de los criterios aplicables -teoría del dominio del hecho o teoría de infracción de deber- para determinar la configuración del delito de peculado, conlleva a conclusiones arbitrarias y propicia la impunidad. Ello en tanto los juzgados de primera y segunda instancia tratan e interpretan el delito de peculado por apropiación como un delito de dominio de hecho. En este sentido, buscan corroborar que el imputado haya tenido el dominio sobre el acontecimiento delictivo, dejando de lado la verificación del cumplimiento o incumplimiento del deber especial encomendado a razón de su cargo.

#### Postura del Juzgado de Primera Instancia

Respecto a la primera instancia, el Juzgado Penal absuelve al imputado bajo la argumentación de que **no se corroboró que el imputado Rospligiosi Mendoza realizó la modificación del Cuaderno Registro**, puesto que **la prueba pericial no determinó el puño gráfico de la adulteración**. Asimismo, argumenta que no se probó la relación funcional directa entre el imputado y el combustible, ni la disponibilidad jurídica.

#### Postura del Tribunal Superior

Por otro lado, en segunda instancia, el Tribunal Superior confirma la sentencia de primera instancia fundamentando ello en que el imputado **Rospligiosi no era el encargado de llevar, utilizar, registrar y anotar a manuscrito en el Cuaderno de registro, sino el servidor Leonel González**. Asimismo, **la pericia grafotécnica no determinó de quién provienen las adulteraciones**, por ende prima el principio de presunción de inocencia. Por tanto, concluye que se ha

desacreditado que el imputado suministraba el combustible y lo registraba en el cuaderno, de modo que actuó bajo el principio de confianza, al existir una distribución funcional.

### Postura de la Corte Suprema

La Sala considera lo siguiente “no se trata si específicamente el imputado adulteró personalmente determinadas anotaciones (...) no es un delito de dominio para el intranei, desde que **el factor de imputación es la infracción de un deber específico** en función a su rol en la institución pública, al contorno de las normas extrapenales de referencia (no es relevante el dominio del riesgo)”. Es decir, desde su criterio el imputado contaba con relación funcional.

### Postura personal

Con ello se evidencia que los magistrados, en ambas instancias, buscaban que las pruebas presentadas verifiquen que el señor Rospligiodi Mendoza domine directamente las acciones del tipo penal; es decir, bajo su criterio para ser sancionado debía de corroborarse lo siguiente: el imputado debió ser quien utilice, controle y anote en el “Cuaderno de Registro”, el imputado debió suministrar directamente el combustible, la prueba pericial debió concluir que el puño y letra de las adulteraciones corresponden al imputado. En tanto, acorde a su criterio, dichas acciones al ser realizadas por el señor Leonel Gonzalez, el procesado Rospligiosi Mendoza, en su calidad de Jefe, no contaba con competencia, ni disposición de los bienes públicos.

Como se sabe, lo relevante en los delitos de dominio del hecho se determina a verificar si el sujeto activo dominó el sí y el cómo del acontecer típico, pero dicha teoría, como se señaló, no resulta adecuada para delitos contra la Administración Pública, cuyo fundamento de la autoría reside en el deber de infracción extrapenal (deber jurídico-público), otorgado al funcionario o servidor público por la entidad estatal, bajo la confianza de que actuará acorde a lineamientos establecidos.

No obstante, se observa que los magistrados omiten pronunciarse sobre el deber especial encomendado al imputado como Jefe de la OSEM, dando a entender que no resulta relevante lo establecido en la normativa institucional. Por ende, al analizar la configuración del tipo penal, concluyen, ilógicamente, que no existe una relación funcional directa, ni una disposición entre el imputado y el combustible donado.

Conforme a lo desarrollado anteriormente, el deber extrapenal, del cual surge el elemento por razón de su cargo, se encuentra establecido por normas del ordenamiento jurídico, pero específicamente dentro del ámbito de la organización pública debemos remitirnos al Reglamento de Organización y Funciones (ROF) y al Manual de Organización y Funciones (MOF), puesto que de ambas disposiciones se puede verificar las funciones encomendadas a la unidad orgánica y al puesto de trabajo.

En este sentido, dejando de lado la tesis planteada en ambas instancias, acorde a la cual, en el ejercicio de la labor diaria, Leonel Gonzales controlaba el “Cuaderno de Registro”, surge la interrogante ¿a quién le correspondía administrar el combustible donado y controlar el uso para fines asistenciales?

Ahora bien, para determinar si el imputado contaba con relación funcional respecto a los bienes públicos, galones de combustible, debemos verificar los documentos técnicos normativos del Gobierno Regional de Moquegua. Al respecto, contamos con lo indicado por el MOF, el apartado 3.5. establece que a la Jefatura de la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico le corresponde **“organizar, coordinar, dirigir, ejecutar, controlar y evaluar el servicio de maquinarias y equipos como soporte logístico”**.

Por tanto, se desprende que el Jefe de la OSEM, cargo que ocupó el imputado, durante el 7 de enero de 2015 al 16 de marzo de 2015, contaba con el **deber especial de administrar**, entendido este como aquella facultad de disponer los bienes acorde a sus finalidad, de manera que implica necesariamente llevar a cabo acciones de organización, coordinación, dirección, ejecución y control que,

en el caso en concreto, debían de realizarse respecto a los galones de combustible donados.

Es decir, contaba con una relación funcional sobre dicho bien público, al establecerse su deber específico de administrar el uso y abastecimiento del combustible donado para las maquinarias, acorde a los fines asistenciales.

Asimismo, respecto a la posesión de los bienes públicos, como requisito previo para la configuración del delito, se debe indicar que, tal como establece el Acuerdo Plenario N° 4-2005, basta que el sujeto cuente con disponibilidad jurídica, tal como sucede en el presente caso el imputado contaba con la posibilidad de poder disponer de los galones de petróleo, debido a la competencia funcional específica, acorde a lo explicado.

Entonces, se desprende que al señor Rospligiodi Mendoza le correspondía administrar los caudales públicos por razón de su cargo, como Jefe de la OSEM, funciones establecidas previamente en el MOF del Gobierno Regional de Moquegua. Por tanto, de ser el caso que el señor Leonel Gonzales se encargaba del “Cuaderno de Registro” y abastecer el combustible, el imputado contaba con el deber específico de controlar y vigilar que lo realizado sea correcto.

Agregado a ello, materialmente de las declaraciones de Jesús Alvarado Pacheco, el Jefe de la OSEM desde el 17 de marzo; Franciso Coayla Mamani, operador del volquete; Silvia Yoselyne Meneses Sánchez; Anibal Condori Pilco, operador del volquete, se corrobora que el imputado era quien realizaba las funciones de dirección, al brindar las órdenes para el funcionamiento de la oficina. Entonces, se desprende que desempeñaba el deber encomendado por la Administración.

En conclusión, bajo la aplicación del criterio de los delitos de infracción de deber, claramente, se desprende que el imputado sí contaba con una relación funcional sobre las galones de combustible donados y podía disponer de los mismos, acorde a las competencias establecidas previamente por las normas orgánicas de la Administración Pública. Asimismo, se corrobora que acorde con esta teoría,

para determinar la autoría, no resulta relevante que el agente público cuente con el dominio de hecho, sino que basta con la infracción del deber especial, tal como sucede en el presente caso.

## **5.2. Aplicación del principio de confianza en una entidad pública como organización estructurada jerárquicamente**

Como segundo problema jurídico, se desarrollará el principio de confianza aplicado a los delitos de infracción de deber, específicamente, en los delitos contra la Administración Pública, donde rige una organización estructurada jerárquicamente. Ello, a fin de brindar los alcances generales de su aplicación y analizarlo en el caso en concreto, puesto que la Corte Suprema omite un desarrollo sobre esta categoría de imputación objetiva.

### **5.2.1. Alcances generales de la imputación objetiva**

A fin de comprender el trasfondo del principio de confianza, se debe partir con un breve desarrollo sobre la teoría dogmática de la imputación objetiva, dada su importancia significativa dentro de la teoría del delito.

Para responder las siguientes interrogantes ¿cómo se determina el carácter típico de una conducta? Y ¿cómo se atribuye el resultado a la conducta realizada por el agente? Durante mucho tiempo, se recurrió a las teorías causalistas y las teorías finalistas, las cuales se enfocan en corroborar la existencia de un *nexo causal* entre la acción y el resultado, recurriendo a fenómenos externos y al conocimiento psíquico del suceso (Caro, 2016, p. 20).

Ante las deficiencias de estas teorías, se plantea la imputación objetiva que reformula el juicio de imputación y postula que “solo puede resultar objetivamente imputable un resultado si la acción ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida del objeto de acción protegido y el peligro se ha realizado en el resultado típico” (Cancio, 2004, p.23). Por tanto, tal como lo señala Villavicencio, corroborada la causalidad natural, existen dos criterios bases para determinar la imputación objetiva: i) la acción debe crear un peligro jurídicamente desaprobado, y ii) el resultado obtenido debe ser generado por dicho peligro (2007, p. 256-257).

En otras palabras, respondiendo la interrogante planteada inicialmente, bajo esta teoría, una conducta para ser típica debe crear necesariamente un riesgo jurídico desaprobado y el resultado generado deber ser producto de la realización del riesgo. Caso contrario, la acción no será penalmente relevante y, por ende, resulta atípica.

Cabe resaltar que, el planteamiento de la imputación objetiva, aplicado a los delitos de infracción de deber, presenta peculiaridades, ya que en este tipo de delitos la imputación se establece por incumplir los deberes específicos a los cuales se encuentra obligado institucionalmente, mientras que el resultado no se determina como la producción de un riesgo prohibido, sino una manera en que el agente debió evitar que se produzca una situación contraria a lo pretendida por la institución social (García, 2006, p.125-126).

Desde la doctrina y la jurisprudencia, se han planteado como criterios de exclusión de imputación objetiva del tipo penal, los siguientes supuestos: i) riesgo permitido, ii) principio de confianza, iii) prohibición de regreso y iv) la autopuesta en peligro o competencia de la víctima. A fines del presente informe, se procederá con el desarrollo del principio de confianza.

### **5.2.2. El principio de confianza: alcances generales y límites**

Para hablar de este principio, debemos tener en consideración que un Estado Social de Derecho implica que los ciudadanos reconocen y comprenden las normas socio- jurídicas relevantes para la convivencia, de modo que confían en que sus pares adecuarán su comportamiento conforme al derecho (Peña Cabrera, 2011, p. 148).

Desde la concepción de Jakobs, se parte de considerar que dentro de una sociedad los individuos asumen posiciones definidas normativamente, de manera que son portadores de un determinado rol (1998, p. 22). En este sentido, el principio de confianza cobra importancia “cuando el comportamiento de los seres humanos se entrelaza, no forma parte del rol del ciudadano controlar de



manera permanente a todos los demás; de otro modo, no sería posible la división del trabajo” (1998, p. 29).

Asimismo, conforme a lo desarrollado por Maraver, el principio de confianza encuentra su fundamento en el “principio de autorresponsabilidad”, entendido como lo esencial de la máxima *neminem laedere* o una manifestación de los deberes negativos de no lesionar dentro del ordenamiento jurídico liberal (2010, p.389). Es decir, permite delimitar el ámbito de actuación de las personas acorde al alcance de su deber negativo, dejando fuera la responsabilidad de un tercero. Al respecto, formula la siguiente propuesta :

**“El principio de autorresponsabilidad (..) puede tener un doble alcance: en primer lugar, puede servir para delimitar negativamente la posición de garante y, en segundo lugar, puede servir para delimitar negativamente el deber de cuidado de quien ostenta una posición de garante.** En el primer caso permite fundamentar la prohibición de regreso y, en el segundo caso, permite fundamentar el **principio de confianza**” (Maraver 2010, p. 391) (resaltado nuestro)

En términos generales, podemos decir que el principio de confianza es un criterio que delimita la responsabilidad penal, puesto que libera de responsabilidad a la persona que obra bajo la confianza de que un tercero actuará conforme al ordenamiento jurídico, entonces, solo responderá quién infrinja la expectativa normativa (Caro, 2016, p. 36-37).

Por tanto, podemos indicar que el principio de confianza permite determinar el ámbito de responsabilidad de cada persona respecto al comportamiento de terceros, en tanto existe una confianza normativa que los demás actuarán acorde a lo establecido por el ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de ello, corresponde preguntarnos ¿hasta dónde puede confiar una persona?, puesto que como todo principio presenta ciertos límites que restringen su aplicación. Estos criterios de exclusión planteados por la doctrina pueden ser clasificados en tres puntos:

- i) Se excluye si se evidencia que el tercero realiza un comportamiento antijurídico; es decir, si existen motivos sólidos y concretos que demuestren que la conducta del tercero infrinja la normativa, no se puede alegar confianza (García, 2012, p. 420).
- ii) Se excluye si la tercera persona es incapaz o inimputable; es decir, no resulta válido frente a personas que no cuentan con capacidad de ser libres y responsables (García, 2012, p. 420).
- iii) Se limita si existen deberes especiales de cuidado sobre con determinadas conductas antijurídicas; es decir, la persona cuenta con una posición de garante producto de sus deberes que condicionan su actuar y el nivel de confianza que deposita ante un tercero, tal como sucede en la división vertical, el superior cuenta con el deber de control y vigilancia (Feijóo, 2002, p. 68-70).

Para efectos del presente informe, tal como veremos a continuación, el tercer criterio de exclusión resulta relevante para verificar si puede ser empleado el principio de confianza dentro de las entidades públicas.

### **5.2.3. El principio de confianza en la Administración Pública**

En base a lo desarrollado, nos enfocaremos en analizar la aplicación del principio de confianza dentro de la administración pública, tomando en consideración las particularidades de su organización como estructura jerarquizada, y tener como miembros a funcionarios y servidores públicos. Posteriormente, evaluaremos si resulta aplicable para aquellos funcionarios públicos que ostentan un deber especial por razón de su cargo.

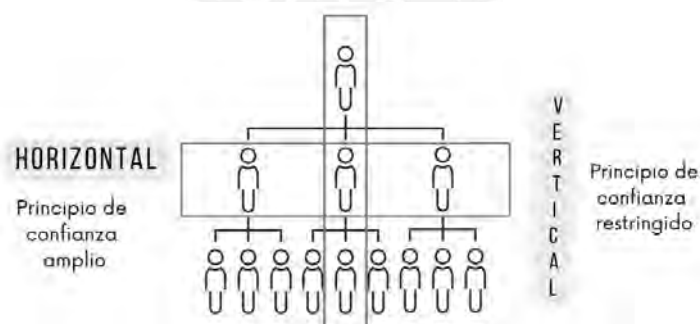
Las estructuras organizadas mediante jerarquía se caracterizan por la división del trabajo entre sus miembros, en búsqueda de una mayor eficiencia, tal como sucede en las entidades públicas que cuentan con un organigrama que establece un esquema de las relaciones internas entre sus trabajadores.

En este sentido, Feijóo diferencia el reparto de funciones desde dos ámbitos: Primero, la división horizontal de funciones, dada entre sujetos que se encuentran en el mismo o equivalente nivel de igualdad, de modo que se confía que cada uno se ocupará de su ámbito de especialización; por ejemplo, la relación entre un cirujano y un anestesista. Segundo, la división vertical implica una relación de jerarquía entre el superior, que da órdenes, y el subordinado, que recibe órdenes, de modo que el superior confía que sus instrucciones serán cumplidas y el subordinado que lo indicado es correcto; por ejemplo, la relación entre un jefe de planta y sus empleados (2002, p.54-55).

Ahora bien, lo relevante de esta distinción se encuentra en que la aplicación del principio de confianza varía acorde a la división de trabajo, tal como lo indica Feijóo:

“En la división vertical de trabajo el principio de confianza tiene un alcance mucho más limitado para el “superior jerárquico” que en los supuestos de división horizontal en los que existe una relación de igualdad. Por ello el deber de cuidado de otras personas depende de la posición que se ocupe en un colectivo y los deberes de garantía que se derivan de dicha posición” (2002, p. .55).

Es decir, en la división vertical de trabajo, el principio de confianza es limitado para ser alegado por el superior jerárquico, a diferencia de la división horizontal en la que prima una posición de igualdad y puede ser usado ampliamente.



Elaboración propia

Por tanto, como vemos las instituciones públicas se encuentran organizadas acorde a su organigrama, de manera que para prestar eficientemente los

servicios públicos a los ciudadanos ha optado por una división de labores; por ende, cuenta con una división horizontal y vertical. Ahora bien, los miembros de las entidades públicas, funcionarios o servidores públicos, actuarán conforme a sus deberes establecidos en el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) y en el Manual de Organización y Funciones (MOF).

En este sentido, como primera idea, podemos afirmar que resulta válida la aplicación del principio de confianza dentro de la Administración Pública, pero debemos enfatizar en el criterio planteado por Feijoo: aplicación amplia en la división horizontal y aplicación restringida en la división vertical. Sin perjuicio de ello, corresponde enfocarnos en la división vertical y determinar si puede ser alegado por cualquier funcionario público.

#### **5.2.3.1 El deber especial del funcionario por razón de su cargo: ¿se puede aplicar el principio de confianza?**

Respecto a los alcances generales del funcionario público que ostenta un deber especial por razón de su cargo, ya han sido desarrollados en el primer problema jurídico, lo que corresponde ahora es determinar si dicha situación resulta relevante para la aplicación del principio de confianza.

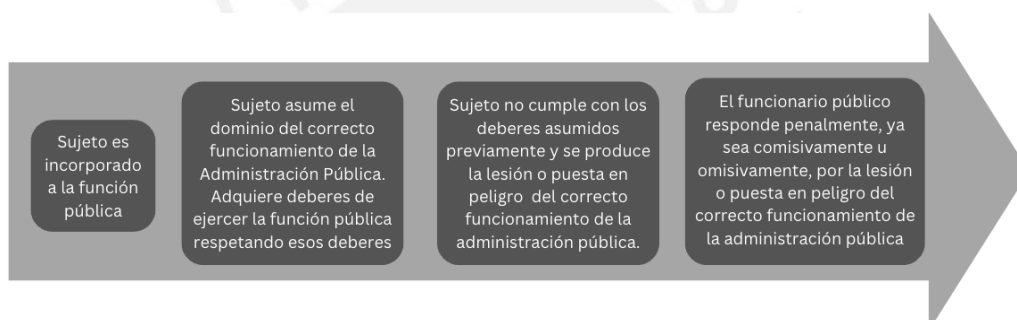
Sobre ello, debemos partir indicando que este funcionario asume una **posición de garante** respecto al bien jurídico encomendado; es decir, adquiere un compromiso de protección para actuar ante riesgos que amenacen al bien jurídico, el cual dentro del aparato público sería el **correcto funcionamiento de la administración pública**, puesto que depende del agente público que el servicio a su cargo se preste adecuadamente (Guimaray y Rodríguez, 2015, p. 289-290). Entonces, se puede afirmar que “el rol prestacional de la función pública depende del comportamiento lícito de todo funcionario público dentro de su esfera de competencia” (Guimaray y Rodríguez, 2015, p.290).

Por ende, el funcionario asume un deber de protección frente a la administración pública, lo cual implica que debe realizar acciones para evitar que sea lesionado.

En esta misma línea, el Acuerdo Plenario N° 02-2011/CJ-116 reconoce la posición especial que ejerce el agente público en la sociedad:

“La calidad de funcionario o servidor público ha sido prevista como una condición especial de deberes (...) por la distinta posición que estos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. Ello implica deberes de protección, ausencia de defraudación de la confianza pública depositada en él y compromiso real con el ente estatal por la situación de mayor riesgo para el bien jurídico que tienen por el poder que ostentan (...)” (fundamento 16).

Para poder entender mejor esta situación, los profesores Guimaray y Rodríguez, elaboran el siguiente gráfico, que evidencia los diferentes momentos que acontecen durante el ejercicio de la función pública.



*Nota.* Adaptado de “Colusión por Comisión por Omisión: El caso de los alcaldes y los presidentes regionales” (p. 291), por Guimaray y Rodríguez, 2015, *Ius Et Veritas* (51).

Ahora bien, entrelazando la idea con lo desarrollado en el punto anterior, dentro de la división vertical, determinados funcionarios públicos asumen un cargo superior y cuentan con subordinados. En este sentido, Montoya indica que el funcionario público superior asume una posición de garante, entendido como aquella posición especial para proteger un bien jurídico relacionado con la administración pública, en tanto se busca la protección de la función pública como mecanismo que garantiza la prestación de servicios a los ciudadanos (2012, p. 630-631).

Por tanto, el funcionario público que ejerce un cargo superior, asume una posición que, como consecuencia directa, lo obliga a realizar **deberes de control y vigilancia** respecto al bien público encomendado, y, de manera indirecta, sobre sus subordinados (Montoya, 2012, p. 640). Asimismo, se le otorga

potestad administrativa, la cual en cierta medida predetermina la gestión de los actos ejecutivos de sus subordinados (Montoya, 2012, p. 640).

En otras palabras, el funcionario público superior asume como consecuencia principal el deber general de controlar y vigilar el correcto funcionamiento de la administración pública y, de manera secundaria, las labores de sus subordinados.

Sobre este aspecto, debe resaltarse la particular figura del funcionario superior “por razón de su cargo”, en tanto adquiere una posición de garante no solo por el hecho de ser funcionario público y contar con un deber general de protección, sino que en virtud del cargo que asume cuenta con deberes específicos, ya sea de administrar, percibir o custodiar, lo cual refuerza su función de controlar y vigilar los bienes públicos encomendados. Por tanto, al contar con subordinados a su cargo, su deber de salvaguarda cobra mayor intensidad, de modo que asume una mayor responsabilidad.

Sin perjuicio de ello, considero que el control y vigilancia no puede ser entendido como la supervisión de todas las labores que realizan cada uno de sus subordinados, en tanto ello conlleva a una ineficiencia funcional para la prestación de servicios y por esa misma razón existe la especialización; sino debe entenderse como la realización de todas las acciones necesarias que se encuentran dentro de las posibilidades del funcionario público para velar por el cuidado del bien estatal encomendado.

Tal como lo indica Silva Sanchez, el deber de control y vigilancia del superior jerárquico sobre su subordinado comprende dos deberes: i) el deber previo de informarse y conocer sobre el ejercicio de las funciones encomendadas al subordinado, y ii) el deber posterior, ante un accionar corrupto, de exhortar su rectificación y evitar las consecuencias lesivas (2013, p. 171)

Por tanto, considero que como regla general la aplicación del principio de confianza se encuentra restringida para los funcionario públicos que asumen

deberes especiales por razón de su cargo y cuentan con un cargo superior dentro la entidad pública, al asumir una posición de garante, con la excepción de los casos en que el funcionario actúa acorde a sus deberes y expertis, pero, pese a ello, se encuentra imposibilitado de evidenciar las acciones corruptas.

Ahora bien, a fin de brindar un criterio para los supuestos de excepción, nos remitiremos al planteamiento realizado por Montoya, quien si bien considera la aplicación del principio de desconfianza, sus ideas resultan útiles para identificar aquellos casos en los que el funcionario público superior no sería responsable penalmente, los cuales pueden ser categorizados en tres puntos.

Primero, las situaciones inaccesibilidad fáctica o informativa, entendida como aquel supuesto en que el funcionario no cuenta con la posibilidad de realizar un control directo respecto a una determinada obra/servicio, ya sea por motivos de distancia o carencia de información (2022, 1h38 min). Segundo, actos de fraude o manipulación del subordinado, implica que aparentemente los documentos revisados por el superior se encontraban conformes al ordenamiento (2022, 1h40min). Por último, los actos de bloqueo del subordinado, entendido como el impedimento por parte del subordinado para que el superior ejerza sus funciones de control y vigilancia (2022, 1h40min48s).

En conclusión, se plantea que no cabe la aplicación del principio de confianza por parte del funcionario público que cuenta con una relación funcional respecta a los bienes estatales, con la excepción de los criterios detallados que se encuentran fuera de su ámbito de control.

#### **5.2.4. Análisis del caso en concreto**

En base a lo desarrollado, corresponde aplicarlo a la Casación N°1609-2019-Moquegua, puesto que conforme se ha indicado la problemática radica en que la Corte Suprema incurre en un defecto de motivación, al omitir dentro de su fundamentación un desarrollo del principio de confianza, lo cual generaría una vulneración al derecho fundamental al debido proceso, en su manifestación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

A continuación, se procederá con el análisis respectivo tomando en consideración los fundamentos del Tribunal Superior, Ministerio Público, Corte Suprema y, finalmente, concluir con una explicación de mi postura.

#### Posición del Tribunal Superior

Los magistrados parten por considerar que, en base a una convención dada en la audiencia de apelación, se encuentra acreditado que el señor Leonel Gónzales laboraba como asistente en la OSEM y era el encargado específico de llevar, utilizar, registrar y anotar en el “Cuaderno de Registro” y suministrar combustible a las maquinarias .

Por ende, desde su perspectiva, el imputado Rospigliosi Mendoza no era el encargado de registrar en el Cuaderno, ni suministrar el combustible, en tanto existía una distribución funcional y actuó bajo el principio de confianza. En otras palabras, para la elaboración de los Informes se basó en el Cuaderno de Registro, al ser la fuente de control del combustible donado, confiando en la veracidad de su contenido, de manera que actuó dentro de sus funciones.

#### Posición del Ministerio Público

El Ministerio Público formula recurso casacional por considerar que se realizó una interpretación errónea del principio de confianza, relacionado con los alcances de la posición de garante y el deber especial de vigilancia que tenía el imputado sobre el uso y abastecimiento de los galones de combustible donados.

#### Posición de la Corte Suprema

La Sala Penal Permanente sobre el principio de confianza limita su pronunciamiento a establecer lo siguiente: i) El imputado era el encargado de administrar el petróleo donado, de modo que el “Cuaderno de Registro” se encontraba bajo su cargo y control, no siendo relevante que otro servidor sea el encargado directo, ii) El imputado, como superior jerárquico contaba con un deber especial fijado en el ROF de controlar y vigilar; iii) Por ende, al no cumplir con su deber es responsable penal y se excluye la aplicación del principio de confianza.



## Postura personal

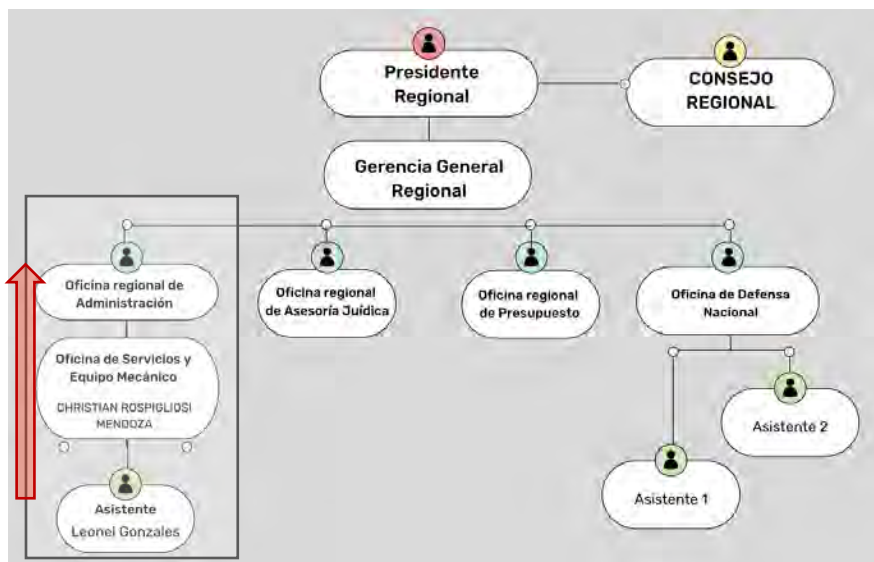
Desde mi punto de vista, considero que se incurre en una vulneración al derecho al debido proceso, en su manifestación del derecho a la debida motivación. Si bien, comparto el resultado al que se arriba, resulta cuestionable la omisión sobre el desarrollo dogmático del principio de confianza: interpretación y límites de la figura en función del delito de peculado.

Para precisar el problema detectado considero que se incurre en un motivación insuficiente, en tanto acorde al Tribunal Constitucional, “ (...) solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo” (STC 0728-2008-PHC/TC, fundamento 7). Por ende, la presente Casación incurre en una insuficiencia de fundamentos y criterios sobre la figura dogmática del principio de confianza que conlleva a excluir su aplicación.

Ello, a pesar de que el motivo casacional radica en la aplicación incorrecta de dicho principio por parte del Tribunal Superior que determina la absolución de los cargos penales del imputado, puesto que parte de un erróneo entendimiento de la teoría de la imputación objetiva para la atribución de responsabilidad penal.

Advertido los defectos encontrados, se procederá con el análisis respectivo, a fin de responder la siguiente interrogante ¿corresponde la aplicación del principio de confianza al imputado Rospigliosi Mendoza como criterio de exclusión de la imputación objetiva?

Conforme a lo desarrollado, debemos partir indicando que Rospigliosi Mendoza laboraba como Jefe de la Oficina de Servicios y Equipo Mecánico (OSEM) del Gobierno Regional de Moquegua; es decir, contaba con la calidad de funcionario público y, en virtud de su cargo, contaba con una relación funcional con el bien público, específicamente, con los galones de petróleo donados, objetos de imputación. En este sentido, nos encontramos frente a una institución pública organizada por jerarquías, a fin de comprender mejor la figura veamos el siguiente organigrama tentativo para el presente caso:



Elaboración propia

Así observamos que respecto a los hechos controvertidos del caso, nos encontramos frente a una división vertical de trabajo, el imputado Rospigliosi Mendoza era Jefe de la OSEM y a su cargo se encontraba Leonel Gonzales asistente de la OSEM. Surge la interrogante, ¿Rospigliosi Mendoza podía actuar confiando en que su asistente se comportaría conforme al ordenamiento jurídico?

Primero, debemos considerar que como funcionario público asume una posición de garante respecto a la protección del correcto funcionamiento de la administración pública. Asimismo, al asumir la Jefatura de la OSEM se producen dos efectos: i) asume el cargo de **funcionario superior**, por ende, cuenta con subordinados, y se le otorga deberes generales de control y vigilancia sobre ellos; ii) asume una **relación funcional** con los bienes públicos a razón de su cargo, por ende, cuenta con deberes específicos de control y vigilancia sobre los bienes encomendados, establecidos en el MOF. Por tanto, evidenciamos que el imputado por razón de su cargo asume una posición de garante reforzada, por deberes generales y específicos.

Entonces, asumiendo la tesis planteada por el Tribunal Superior, al haber una distribución funcional (Leonel Gonzales era el encargado directo de utilizar, registrar y anotar del “Cuaderno de Registro”, y suministrar el combustible), no

era función del imputado controlar el Cuaderno o suministrar combustible y prima el principio de confianza al momento de realizar los Informes. Desde su perspectiva, el hecho de asumir un cargo superior no generará responsabilidades adicionales respecto a las acciones realizadas por su subordinado, cada uno solo es competente para encargarse de sus funciones.

De este argumento, podemos identificar los siguientes errores: i) olvida que dentro de la división vertical, el superior jerárquico asume una posición de garante, de modo que debe **controlar y vigilar** las labores de sus subordinados; ii) olvida que el MOF del Gobierno Regional de Moquegua le otorga la función específica al **Jefe de la OSEM** de organizar, coordinar, dirigir, ejecutar, **controlar** y evaluar el servicio de maquinarias y equipos como soporte logístico; iii) olvida que el principio de confianza tiene **límites** y no puede ser aplicado en la administración pública bajo los criterios generales.

Aclarado ello, acorde a la postura asumida sobre el principio de confianza, este puede ser aplicado de manera restringida para los funcionarios públicos que asumen una posición de garante, puesto que como regla general no cabe su aplicación, salvo casos excepcionales que depende de las circunstancias especiales. Asimismo, cabe resaltar, que deben de analizarse los límites generales para su aplicación.

En este sentido, partiendo del hecho que el imputado Christian Rospigliosi contaba con una posición de garante reforzada respecto a los bienes encomendados, los galones de combustible donados; por ello, sus deberes específicos le otorgaban la potestad controlar y vigilar su correcta administración ante factores de peligro. Entonces, más allá de que sea su subordinado quien utilizaba y anotaba en el “Cuaderno de Registro”, le correspondía al imputado controlar y vigilar su administración y contenido, no puede desentenderse de sus funciones porque se haya delegado al subordinado.

Por tanto, se concluye que para el presente caso no resulta aplicable el principio de confianza, al existir una posición de garante reforzada que le otorga deberes de control y vigilancia sobre los bienes públicos, por razón de su cargo y por ser

funcionario superior. Asimismo, el imputado omitió realizar sus deberes encomendados respecto al suministro del combustible donado y la administración de “Cuaderno de Registro”.

En otras palabras, respondiendo a la interrogante inicial el imputado Rospigliosi Mendoza contaba con el deber de controlar y vigilar los bienes donados, de modo que no podía trasladar su función e ignorar su ámbito de competencia confiando en que su subordinado lo realizaría adecuadamente.

## **VI. CONCLUSIONES**

-El delito peculado por apropiación debe ser interpretado desde la teoría de la infracción de deber y no desde el dominio del hecho, ya que lo relevante en este tipo de delitos es verificar si se infringió el deber extrapenal.

-La Corte Suprema identifica el delito de peculado como un delito de infracción de deber con elementos de dominio, teoría mixta planteada por Silva Sánchez. Sin embargo, asumir dicha posición genera complicaciones para la interpretación de los delitos contra la Administración Pública e incertidumbre jurídica al no existir jurisprudencialmente un criterio uniforme.

-El tipo penal del delito de peculado exige al sujeto activo ser funcionario público y contar con una relación funcional respecto a los caudales o efectos. En este sentido, el elemento típico conocido como “por razón de su cargo” o relación funcional es el más importante y puede originarse desde tres funciones: percibir, administrar o custodiar, a partir de la existencia de una norma en el ordenamiento jurídico que genera el deber especial.

-El Juzgado de Primera Instancia y el Tribunal Superior interpretan de manera incorrecta el delito de peculado por apropiación, al aplicar la teoría del dominio del hecho para determinar la autoría del imputado. Ello se evidencia de su argumentación al considerar que para ser responsable penalmente el imputado debió ser quien utilice, controle y anote en el “Cuaderno de Registro”, suministre directamente el combustible, y debió corroborarse que las adulteraciones se

realizaron bajo su puño y letra. En este sentido, absuelven al imputado porque bajo su criterio no contaba con relación funcional, ni disponibilidad jurídica, al haber otra persona que desempeñaba dichas funciones, sin analizar los deberes específicos detallados en el ROF y MOF.

-Bajo la interpretación del delito de peculado por apropiación como delito de infracción, se determina que al imputado Rospigliosi Mendoza, como jefe de la OSEM, le correspondía administrar el combustible donado y controlar que sea usado para fines asistenciales. Por tanto, el ROF del Gobierno Regional de Moquegua establece que el imputado contaba con una relación funcional y con disponibilidad jurídica sobre dicho bien público.

-El principio de confianza es un criterio de exclusión de imputación objetiva que sirve para delimitar la responsabilidad penal de una persona respecto al comportamiento de un tercero, al obrar confiando que otros actuarán acorde al ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de ello, su aplicación se encuentra limitada determinados criterios, para efectos del presente informe nos enfocaremos en aquel que plantea lo siguiente: se limita ante la existencia de deberes especiales de cuidado o posición de garante.

-Sobre la aplicación del principio de confianza dentro de la Administración Pública, entidad organizada jerárquicamente y caracterizada por el reparto de funciones, debe ser analizado desde dos ámbitos: en la división horizontal (sujetos con equivalente nivel de jerarquía), aplicado ampliamente, y, en la división vertical, (superior jerárquico y subordinado) aplicado de manera limitada.

-Respecto a la división vertical, como postulado inicial se plantea que se aplica el principio de confianza de manera limitada. Ahora bien, sobre la figura del funcionario superior “por razón de su cargo”, adquiere una posición de garante reforzado. Por un lado, en virtud de su cargo cuenta con el deber especial de administrar, percibir o custodiar el bien estatal encomendado; y, por otro lado, como superior jerárquico asume el deber general de controlar y vigilar a sus subordinados.

-Se plantea el siguiente criterio: como regla general se encuentra restringida la aplicación del principio de confianza para los funcionarios públicos con deberes especiales por razón de su cargo y que asumen un cargo superior, con la excepción de aquellos casos en los que se evidencia que el funcionario cumplió con sus deberes y no era posible percibir las acciones corruptas.

-La Corte Suprema incurre en un defecto de motivación insuficiente al omitir pronunciarse sobre la aplicación del principio de confianza, puesto que si bien concluye que no cabe su aplicación en el presente caso, no se realiza un desarrollo sobre su interpretación y limitación, pese a que el motivo del recurso casacional radica en la aplicación incorrecta del principio de confianza por el Tribunal Superior.

-El imputado Rospigliosi Mendoza laboraba como Jefe de la OSEM, de modo que era funcionario público con relación funcional, al contar con el deber especial de administrar el combustible donado, y era funcionario superior, al contar con el deber general de controlar y vigilar a sus subordinados. Por tanto, asume una posición de garante reforzado por deberes generales y específicos.

- La tesis planteada por el Tribunal Superior de absolver al imputado es incorrecta, ya que no toma en consideración que dentro de la división vertical el superior jerárquico asume deberes de control y vigilancia, no verifica que el MOF del Gobierno Regional de Moquegua le otorga la función específica al Jefe de la OSEM controlar los bienes encomendados y olvida que el principio de confianza tiene limitaciones.

-Acorde a lo planteado, el imputado imputado Christian Rospigliosi contaba con una posición de garante reforzada respecto a los galones de combustible donados, pese a que sea el subordinado el encargo del "Cuaderno de Registro", le correspondía controlar y vigilar las labores desempeñadas, no puede trasladar sus funciones e ignorar sus competencias. Por tanto, se concluye que no resulta aplicable el principio de confianza.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

Abanto, M. (2004). Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de deber. *Revista Penal* (14), 3-23.

Vásquez, M. a. A. (2003). *Los delitos contra la administración pública en el Código penal Peruano*, (2), Palestra

Arismendiz, E. (2016). La intervención del extraneí en los delitos especiales e infracción de deber. A propósito de la Casación N° 782-2015-Del Santa. *Instituto Pacífico* (29), 79-116.

Cancio, M. (2004) Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, *Ediciones Jurídicas Cuyo*.

Caro, J (2021). Revisión Crítica de la Teoría del Dominio del Hecho. Pontificia Universidad Católica del Perú  
<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/182678>

Caro J. (2016). *Manual teórico-práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*. ARA Editores.

Caro J. (2003). Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. *Aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal Peruano*, p. 49 - 71. [https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2003\\_06.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf)

Defensoría del Pueblo (2022) *Mapas de la corrupción*, Comisiones regionales Anticorrupción y Datos de corrupción (5) <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2022/02/MAPAS-DE-LA-CORRUPCI%C3%93N-QUINTA-EDICI%C3%93N.pdf>

Díaz y García, M. (2008). Autoría y Participación. *Revista de Estudios de la Justicia*, (10). pp. 13–61.  
<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15219/15631>

Feijoo, B. (2002). *Imputación objetiva en Derecho penal*. Grijley.

García, P. (2012) *Derecho penal. Parte General*. Jurista Editores E.I.R.L

García, P. (2006). Cuestiones generales de la imputación objetiva en el derecho penal peruano. *Aportes al Derecho Penal Peruano desde la Perspectiva Constitucional*. Revista Institucional (7).

Guimaray E. y Rodríguez J (2015). Colusión por Comisión por Omisión: El caso de los Alcaldes y los Presidentes Regionales. *Revista IUS ET VERITAS* (51).

Hugo, J., y Huarcaya, B. (2018). *Delitos contra la administración pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Gaceta Jurídica.

Jakobs, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima 1998.

Maraver, M. (2010). El principio de confianza en derecho penal. *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig / Diego Manuel Luzón Peña*, 381-404

Montoya, Y [Aula virtual del Poder Judicial]. (28 de marzo de 2022). Catedrá los jueves [Archivo de Video] <https://www.youtube.com/watch?v=Tfdkuy4xkEw>

Montoya, Y. (2015) Manual sobre delitos contra la administración pública. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

Montoya, Y. (2012) La responsabilidad penal del funcionario superior en los delitos contra la administración pública cometidos por sus subordinados, *Veinte años de vigencia del Código penal peruano: desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales*. Grijley.

Pariona, R. (2011) La teoría de los delitos de infracción de deber fundamentos y consecuencias. Gaceta Penal. Lima 2011, número 19, pp. 2-15.

[https://www.rpa.pe/media/pdf/6\\_Delitos\\_de\\_infracci%C3%B3n\\_de\\_deber\\_-\\_Pariona.pdf](https://www.rpa.pe/media/pdf/6_Delitos_de_infracci%C3%B3n_de_deber_-_Pariona.pdf)

<https://www.rpa.pe/publicaciones/articulos/autoria-y-participacion-infraccion-deber/#:~:text=En%20la%20discusi%C3%B3n%20dogm%C3%A1tica%20la,tipos%20penales%20suponen%20deberes%20especiales>

Peña Cabrera, A. (2011) *Curso elemental de Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Legales.

Solis, E (2023) *A propósito del IPC del 2022: ¿cómo vamos en la lucha contra la corrupción?* Idehpucp <https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/a-proposito-del-ipc-del-2022-como-vamos-en-la-lucha-contra-la-corrupcion/>

Rojas, F (2021). Delitos contra la Administración Pública (5.<sup>a</sup> ed.). *Gaceta Jurídica*.

Roxin, C (2016). Autoría y dominio del hecho en el derecho penal (9na ed.). *Marcial Ponds*

Salinas, R. (2018) La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. En J. Hurtado. (Dir.), *Problemas actuales de política criminal : anuario de derecho penal 2015-2016*, 93-126.

Salinas, R. (2018a) *Delitos contra la administración pública*. Iustitia

Silva, S. (2013) Fundamentos del Derecho penal de la empresa. *Edisofer S.L. y Bdef*.



Villegas, E y otros (2022) *Delitos de corrupción de funcionarios*. Gaceta Jurídica.

Villavicencio Terreros, F. (2007). La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana. *Derecho PUCP*, 253-279.  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2951>

### **Jurisprudencia**

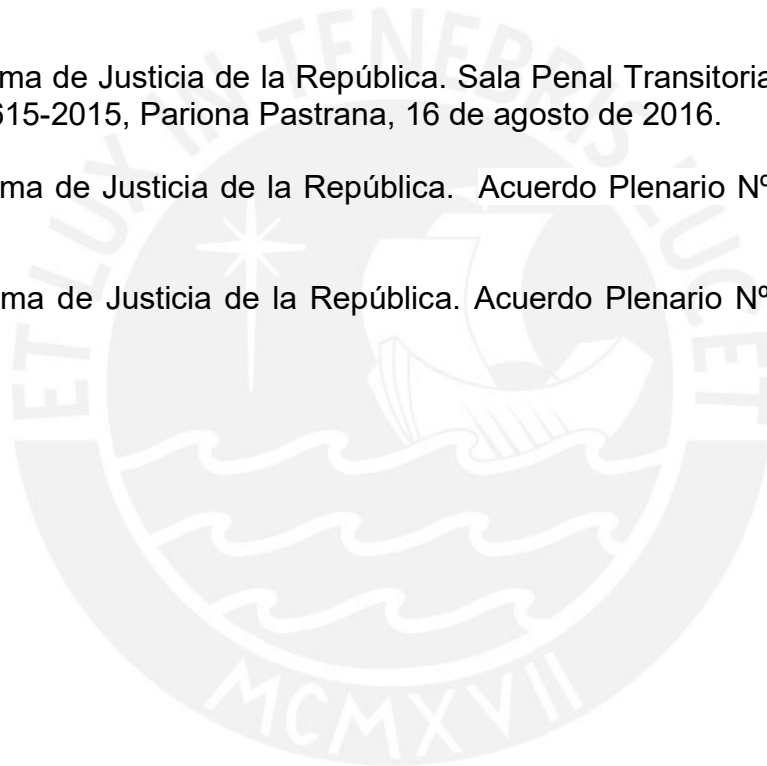
Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. Casación N° 1500-2017 Moquegua, San Martín Castro, 15 de mayo de 2019.

Corte Suprema de Justicia de la República. Segunda Sala Penal Transitoria. Casación N° 102-2016 Lima, Chávez Mella, 11 de julio de 2017.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad N° 615-2015, Pariona Pastrana, 16 de agosto de 2016.

Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario N° 02-2011/CJ-116

Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116



# CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA I

## SALA PENAL PERMANENTE

**RECURSO CASACIÓN N. ° 1609-2019/MOQUEGUA**  
**PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO**

**Título. Peculado por apropiación. Infracción de deber. Principio de confianza. Motivación**

**Sumilla.** **1.** Todo hecho que constituye el objeto del proceso (imputación, punibilidad, determinación de la sanción penal y responsabilidad civil) debe ser corroborado mediante pruebas introducidas legalmente al mismo con independencia del conocimiento que de tales hechos tenga el juez. **2.** Una excepción, permitida al amparo de los artículos 156, apartado 3, y 350, apartado 2, del Código Procesal Penal, es la convención probatoria. Ésta constituye un acuerdo en forma (formalizado) de las partes procesales sobre hechos –siempre sobre circunstancias, no sobre el núcleo de la imputación– que no controvierten –o, mejor dicho, expresamente aceptados– y sobre medios de prueba necesarios para acreditar un hecho, que al ser aprobados por el Juez de la Investigación Preparatoria, dispensan de la carga de probarlos y, en su caso, determinan un medio de prueba convenido para acreditar determinados hechos (circunstancias), lo que luego no podrá ser discutido durante el plenario. **3.** Las exigencias probatorias están en función o relación a los hechos abstractos fijados en el tipo penal y a los hechos concretos materia de la acusación –el segundo debe subsumirse en el primero–. En materia de delitos de infracción de deber, específicamente de peculado, lo que se castiga es que el agente oficial tenga caudales o efectos públicos (encomendados para atender necesidades del bien común y que se hallen en el circuito público) –lo que es patente en el presente caso y constituyen el objeto material del delito– por razón de sus funciones, en virtud de la función atribuida al puesto que desempeña en la estructura administrativa –aunque en muchos casos es posible una concepción más flexible de este requisito, tales como disposición de los bienes con ocasión de sus funciones o disposición de facto de los mismos–. **4.** La variable de apropiación exige (i) que el caudal o efecto público esté bajo su administración y que el agente oficial deba disponerlos a los fines de satisfacer el bien común (concretamente, en los marcos de los desastres naturales sufridos en la Región Moquegua), y (ii) que, pese a ello, se los apodera, vale decir, dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio. **5.** Constituye una exclusión del principio de confianza, el supuesto de quien debe controlar la actuación o el trabajo de otro.

## –SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veintiséis de julio de dos mil veintiuno

**VISTOS:** el recurso de casación, por infracción de precepto material y violación de la garantía de motivación, interpuesto por el Señor FISCAL SUPERIOR DE MOQUEGUA contra la sentencia de vista de fojas novecientos setenta y cinco, de diez de julio de dos mil diecinueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas novecientos veintinueve, de veintisiete de marzo de dos mil diecinueve, absolvió a Christian Mario Rospigliosi Mendoza de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de



perculado doloso con agravantes en agravio del Gobierno Regional de Moquegua; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

## FUNDAMENTOS DE HECHO

**PRIMERO.** Que, conforme a la Disposición 02-2016-6 DE-FPCEDCF-MOQUEGUA de formalización y continuación de investigación preparatoria, de fojas seis, de trece de septiembre de dos mil dieciséis, emitida por la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal de Moquegua, y la subsanación del requerimiento acusatorio, de fojas treinta y cinco, de seis de septiembre de dos mil dieciocho, los hechos materia de acusación son los siguientes:

1. Circunstancias precedentes. El diecisiete de febrero de dos mil quince, mediante Acuerdo de Consejo Regional 20-2015-CR-GRM se declaró en situación de emergencia la provincia de Mariscal Nieto y la provincia General Sánchez Cerro de la Región Moquegua por el plazo de sesenta días calendario ante los desastres por fenómenos de lluvias. En tal virtud, el Gobierno Regional de Moquegua requirió donaciones a las empresas mineras Southern Copper Corporation (SPCC) y Anglo American Quellaveco, de modo que ambas empresas donaron tres mil quinientos galones y tres mil galones (seis mil quinientos en total) de petróleo diésel - dos, respectivamente, los cuales fueron recibidos por el imputado Christian Mario Rospigliosi Mendoza en representación del Gobierno Regional de Moquegua para emplearlos en fines asistenciales, esto es, para mitigar los daños (lluvias e ingreso de quebradas) causados por las intensas lluvias a inicios de dos mil quince. El citado encausado Rospigliosi Mendoza ocupó el cargo de Jefe de la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico (OSEM) del Gobierno Regional de Moquegua entre el siete de enero de dos mil quince al dieciséis de marzo de dos mil quince, y con posterioridad, a partir del diecisiete de marzo de dos mil quince, ejerció el cargo de asistente técnico en dicha Oficina.
2. Circunstancias concomitantes. El imputado Rospigliosi Mendoza utilizó un cuaderno con la finalidad de llevar una suerte de registro del abastecimiento de combustible donado desde el quince de febrero al treinta y uno de marzo de dos mil quince, al que denominó “Cuaderno de Registro y Suministro de Combustible Donado por las empresas mineras Southern Copper Corporation y Anglo American Quellaveco”. Sobre la base de dicho cuaderno elaboró formatos con el nombre de “Control de Combustible”. Posteriormente, ante el pedido de las empresas donantes en relación a que se les informe y sustente la administración que se dio al combustible donado, el encausado Rospigliosi Mendoza elaboró y suscribió una serie de documentos basados en datos extraídos de los cuadernos mencionados.

Estos documentos eran los siguientes: (i) informe 039-2015-OSEM-GRI/GR.MOQ, de diecinueve de febrero de dos mil quince, que graficó un cuadro que detalla el operador, vehículo, destino y galones de combustible suministrado (1000); (ii) carta 002-2015-CRM, de veintitrés de julio de dos mil quince, que amplió la información sobre el uso y distribución del combustible y adjuntó variada documentación (cuatro cuadros); y, (iii) carta 003-2015-CRM, de tres de agosto de dos mil quince, que adjuntó nuevamente los cuatro cuadros anteriores y cuarenta y un fotografías que corresponderían a los sectores intervenidos.

∞ Empero, las cantidades de galones de combustible consignadas en el citado “Cuaderno de Registro y Suministro de Combustible Donado” y los formatos “Control de Combustible” fueron adulterados (“infladas”) por el imputado Rospigliosi Mendoza. Estas sumas adulteradas también fueron consideradas en el informe y las cartas que remitió a las empresas donantes a fin que coincidan con el combustible donado (seis mil quinientos galones). La pericia de grafotecnia 077-2016 estableció que ochocientos seis galones de petróleo diésel dos fueron considerados cuando en realidad no se utilizaron (adulterados), cuyo valor es de siete mil quinientos sesenta soles con sesenta céntimos, y el informe pericial contable de veintidós de agosto de dos mil diecisiete concluyó que como máximo se utilizaron en realidad cinco mil seiscientos noventa y cuatro galones de petróleo diésel dos. Tal situación fue establecida por el Órgano de Control Institucional del Gobierno Regional de Moquegua, que informó sobre un riesgo potencial de que el combustible haya sido utilizado con fines distintos a los objetivos institucionales.

∞ Los registros fotográficos que el imputado Rospigliosi Mendoza adjuntó en la carta 003-2015-CRM, de tres de agosto de dos mil quince, que remitió a las empresas donadoras supuestamente dieron cuenta de trabajos de limpieza por la entrada del río en la avenida veinticinco de noviembre, Cercado, Moquegua. No obstante ello, las fotografías corresponden a otras fechas, pues dicho sector no sufrió daños, conforme el informe de riesgos ocasionados de la Oficina de Defensa Civil del Gobierno Regional de Moquegua. De los cuadros que anexó el imputado Rospigliosi Mendoza tampoco se advierte que haya suministrado combustible a dicha zona. Por su parte, el jefe actual de la OSEM, Jesús Alvarado Pacheco, informó que de los tres mil quinientos galones de petróleo Diesel que donó la empresa SPCC sobran tres galones (según Kardex de combustible), pero Rospigliosi Mendoza en el cuadro tres que anexó a las cartas que envió a las empresas donantes indicó que se habían diluidos, cuando habían sido declarados como “sobrante”.

3. Circunstancias posteriores. El gerente de relaciones comunitarias y fondos sociales de la empresa Anglo American Quellaveco mediante carta de diez de marzo de dos mil quince y escrito de doce de octubre de dos mil quince



requirió al presidente del Gobierno Regional de Moquegua, Jaime Rodríguez Villanueva, que le remita un informe en torno al uso del combustible donado. Pese a tales requerimientos el imputado Rospigliosi Mendoza no cumplió con informar oportunamente y enviar dicha información. El Gobierno Regional de Moquegua después de nueve meses brindó respuesta a la mencionada empresa donante mediante cartas de diecinueve de noviembre de dos mil quince y quince de diciembre de dos mil quince.

**SEGUNDO.** Que, respecto del trámite de la causa, se tiene lo siguiente:

1. El Ministerio Público formuló requerimiento acusatorio el siete de junio de dos mil dieciocho, subsanado el seis de septiembre de dos mil dieciocho, contra Christian Mario Rospigliosi Mendoza en calidad de servidor público (del quince de febrero al treinta y uno de marzo de dos mil quince, cuando ocupaba el cargo de jefe encargado de la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico OCEM y después, del diecisiete de marzo de dos mil quince, cuando detentaba el puesto de asistente técnico - coordinador de uso de maquinaria equipos a cargo de la OSEM del Gobierno Regional de Moquegua) como autor del delito de peculado doloso por apropiación en su modalidad de agravada de ochocientos seis galones de petróleo diésel dos valorizado en siete mil quinientos setenta soles con sesenta céntimos, recibidos en calidad de donación, previsto y sancionado en el artículo 387, primer y tercer párrafo, del Código Penal, según la Ley 30111, en agravio del Estado – Gobierno Regional de Moquegua. Requirió ocho años y ocho meses de pena privativa de la libertad, cuatrocientos veinticinco días multa. El actor civil solicitó quince mil quinientos setenta soles, con sesenta céntimos por concepto de reparación civil.
2. Declarada la validez formal de la acusación se dictó el auto de enjuiciamiento de fojas setenta y seis, de veintisiete de septiembre de dos mil dieciocho, por el que declaró saneada la acusación fiscal y admitió medios de prueba: (i) pericia de grafotecnia 077-2016, del catorce de noviembre de dos mil dieciséis; (ii) declaración sobre el informe pericial contable de fecha veintidós de agosto de dos mil diecisiete; (iii) oficio 1563-2015G/GR.MQR, de uno de diciembre de dos mil quince; (iv) oficio 402-2015 de veinticinco de junio de dos mil quince; (v) Manual de Organización y Funciones, en el que figuran las funciones del imputado como Jefe de OSEM en lo que concierne al servicio de maquinarias y equipos; (vi) cartas AAQSA-Q1CO-OLT-000138, de trece de febrero de dos mil quince, AAQSA-Q1CP-OLT-00270, de nueve de marzo de dos mil quince, y carta AAQSA-Q1CO-OLT-00395, así como carta SLS-0046-16, de veinte de enero de dos mil dieciséis, remitida por Southern Copper Corporation; (vii) informes 039-2015-OSEM-GRI/GR.MOQ, de diecinueve de febrero de dos mil quince, el informe número 111-2015 OSEM-



GRI/GR.MOQ, de veintiséis de marzo de dos mil quince, sobre uso de combustible donado por Southern Copper Corporation (SPCC) y Anglo American Quellaveco, respectivamente; (viii) carta 002-2015-CRM, de veintitrés de julio de dos mil quince, y carta 003-2015-CRM, de tres de agosto de dos mil quince, así como cuaderno de registro y suministro de combustible donado por ambas empresas, con rubrica y visto bueno del encausado Rospigliosi Mendoza.

3. Posteriormente se dictó el auto de citación a juicio oral de fojas novecientos doce, de veinticinco de octubre de dos mil dieciocho. Culminado el citado juicio oral, mediante sentencia de primera instancia, de fojas novecientos veintinueve, de veintisiete de marzo de dos mil diecinueve, se absolvió a Rospigliosi Mendoza, en base a los siguientes argumentos.
  - A. No se probó que el encausado Rospigliosi Mendoza modificó el “Cuaderno de Registro”. El perito Adán LLamoca Lastarria sostuvo que no determinó de qué puño gráfico proviene la adulteración porque ello no fue solicitado por el Ministerio Público.
  - B. No se probó que el imputado Rospigliosi Mendoza tenga relación funcional directa con el combustible y tampoco se probó que tuvo disponibilidad jurídica del mismo, conforme a las declaraciones de los testigos Porfirio Eleazar Cuayla Mamani, Fredi Luis Mamani Mamani, Jesús Ángel Alvarado Pacheco, Francisco Freddy Coayla Mamani, Yoselyne Meneses Sánchez, Mao Richard Yufra Mendoza y Brenzon Carlos Zúñiga Saira. Ellos indicaron, en resumen, que el mencionado procesado no apuntaba en el “Cuaderno de Registro de Combustible”, ni estaba a cargo del combustible (no tenía disposición directa sobre el mismo), sino el encargado era “Leo” o “Leonel Gonzales”. Por tanto, el imputado Rospigliosi Mendoza no tenía poder de vigilancia o control sobre el combustible, pues otra persona estaba a cargo y llevaba un control de su distribución en el cuaderno respectivo.
4. La señora fiscal provincial interpuso el recurso de apelación de fojas novecientos cuarenta y siete, de dieciséis de abril de dos mil diecinueve. Argumentó que en la sentencia de primera instancia no hubo pronunciamiento sobre si el combustible estuvo en posesión o no del imputado Rospigliosi Mendoza en virtud de las atribuciones o deberes propios de su cargo, es decir, si el control de la administración del combustible donado era parte de sus funciones. Al respecto, de acuerdo al Manual de Organización y Funciones (MOF) y al Oficio 402-2015-ORCI/GR.MOQ del Órgano de Control Institucional del Gobierno Regional de Moquegua, la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico (OSEM) se encargaba del uso, control y racionalización del combustible asignado a vehículos y maquinarias, de modo que el responsable era el imputado Rospigliosi Mendoza, primero como jefe de la OSEM y luego como asistente de dicha oficina.



∞ Entendió que el Juzgado Penal debió establecer que las funciones del encausado Rospligiosi Mendoza, más allá contacto físico y directo con el combustible, estaban en función a los documentos de gestión de la entidad regional. De otro lado, para descartar la apropiación, el Juzgado Penal se remitió a consignar argumentos acerca de la “relación funcional” y de “administración”.

∞ Resaltó que la pericia de grafotecnia determinó que el “Cuaderno de Registro” tenía adulteraciones. Éste era utilizado por el imputado y en cada folio tenía su firma y sello, de acuerdo a lo que sostuvieron los testigos Porfirio Eleazar Cuayla Mamani, Fredi Luis Mamani Mamani y Francisco Freddy Coayla Mamani.

∞ A final de cuentas, el procesado Rospligiosi Mendoza rindió cuentas mediante documentos suscritos por él basándose en información adulterada. Asimismo, este dato evidencia que él era el responsable de la administración del combustible.

5. Mediante sentencia de vista, de fojas novecientos setenta y cinco, de diez de julio de dos mil diecinueve, se confirmó la sentencia absolutoria de primera instancia. El Tribunal Superior apuntó lo siguiente:

- A. El acusado Rospligiosi Mendoza no negó que haya recibido las donaciones de combustible, pero alegó que él no era el encargado de abastecer y llevar el control del combustible, sino el servidor Leonel Gonzales. Si bien firmó como jefe de la OSEM (Oficina de Servicio y Equipo Mecánico) del Gobierno Regional de Moquegua el cuaderno de control, desconocía que su contenido estaba adulterado. No cuestionó que dicho cuaderno haya estado adulterado, pero no aceptó que él lo haya hecho, por lo que solo es materia de análisis la vinculación del imputado Rospligiosi Mendoza con el delito. El encausado no concurrió a la audiencia de juicio oral, por lo que no prestó declaración.
- B. El Fiscal convino en la audiencia de apelación que en la jefatura de la OSEM laboraba el servidor Leonel Gonzales, quien se encargaba de realizar el suministro del combustible a las diversas unidades y maquinarias que lo requerían, así como utilizaba el cuaderno de registro y lo llenaba. Otro hecho convenido es que la pericia contable se realizó basándose únicamente en la pericia de grafotecnia que determinó adulteraciones y una diferencia de ochocientos seis galones de combustible, sin verificar ninguna otra documentación o registros.
- C. No está en cuestionamiento que el encausado Rospligiosi Mendoza era el jefe de la OSEM del Gobierno Regional de Moquegua y que recibió en calidad de donación seis mil quinientos galones de combustible que ingresaron a la Oficina de su jefatura –cuyo destino era abastecer los vehículos del gobierno regional–, lo que era parte de sus funciones de la OSEM, conforme al Manual de Organización y Funciones (MOF).

- D.** Sobre la base de lo convenido en la audiencia de apelación se tiene por acreditado que en la jefatura de la OSEM laboraba el servidor Leonel Gonzales, quien se encargaba específicamente de realizar el suministro del combustible a las diversas unidades y maquinarias que lo requerían, así como utilizaba el “Cuaderno de Registro” y lo llenaba. El servidor Leonel Gonzáles era el encargado de llevar, utilizar, registrar y anotar a manuscrito en el “Cuaderno de Registro” de todo el abastecimiento. Por consiguiente, se desacreditó con suficiencia que el imputado Rospligiosi Mendoza era el encargado de realizar los suministros de combustible a las unidades operativas y de registrarlo en el cuaderno pertinente, y se estableció que actuó bajo el principio de confianza, al existir una distribución funcional.
- E.** Era obvio que ante el requerimiento de información el jefe de la OSEM tenía que basarse en su única fuente de control, esto es, el “Cuaderno de Registro”, por lo que los informes que confeccionó el encausado Rospligiosi Mendoza son actos propios de su función.
- F.** Asimismo, la pericia de grafotecnia solo determinó que existían adulteraciones en el “Cuaderno de Control de Registro”, pero no de dónde provenía tales adulteraciones. Esto debió haber sido solicitado por el Ministerio Público durante la investigación preparatoria, pero tal omisión no puede ser trasladada al imputado.
- G.** Debe prevalecer el principio de presunción de inocencia. Está proscrita la responsabilidad objetiva.
- 6.** Contra la sentencia de vista el señor fiscal superior interpuso recurso de casación. El recurso corre en el escrito de fojas mil dos, de veinticuatro de julio de dos mil diecinueve.

**TERCERO.** Que el señor Fiscal Superior en su escrito de recurso de casación, denunció los motivos de casación de infracción de precepto material y violación de la garantía de motivación (artículo 429, incisos 3 y 4, del Código Procesal Penal).

∞ Argumentó que se interpretó indebidamente el principio de confianza y los alcances de la posición de garante y del deber de vigilancia; que el imputado tenía un deber especial de vigilancia y funciones de control respecto del uso y abastecimiento del combustible; que la sentencia no se basó en información objetiva y omitió tener en cuenta el Manual de Operación y Funciones (MOF).

**CUARTO.** Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas cincuenta y uno del cuaderno de casación, de veintidós de mayo de dos mil veinte, es materia de dilucidación en sede casacional la causal de infracción de precepto material y la causal de violación a la garantía de motivación previstas en el artículo 429, numerales 3 y 4, del Código Procesal Penal, por infracción de los supuestos de imputación objetiva del tipo penal de peculado doloso por apropiación –destino del



combustible donado por empresas mineras para mitigar los desastres por las lluvias ocurridas en la región Moquegua– y, defectos constitucionales en la motivación de la absolución, en orden a las inferencias probatorias y a los medios de prueba ignorados.

**QUINTO.** Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior –sin la presentación de alegatos ampliatorios por alguna de ellas–, se expidió el decreto de fojas cincuenta y siete del cuaderno de casación, de dieciocho de junio del año en curso, que señaló fecha para la audiencia de casación para el día lunes diecinueve de julio de este año. El mismo día, con posterioridad a la audiencia de casación, la Fiscalía Suprema presentó un requerimiento escrito por el que planteó se declare fundado el recurso de casación.

**SEXTO.** Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de la Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal doctora Edith Alicia Chamorro Bermúdez.

**SÉPTIMO.** Que concluida la audiencia, a continuación e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuada ese mismo día la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios (por unanimidad), corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Que la censura casacional está referida a la determinación de la autoría del imputado Rospigliosi Mendoza respecto de la apropiación de parte del petróleo diésel dos donado por dos empresas mineras al Gobierno Regional de Moquegua, en función a su **cargo funcional específico** y a la aplicación del **principio de confianza** que excluiría la imputación objetiva del delito de peculado al citado encausado. También es materia de análisis casacional la completitud y la racionalidad de la motivación fáctica.

∞ Desde ya es de precisar que un principio probatorio básico en el proceso penal contemporáneo es el de necesidad de prueba, compatible con el principio de averiguación de la verdad y, para su descubrimiento, el principio de investigación. En su virtud, conforme al artículo 156, apartado 1, del Código Procesal Penal, todo hecho que constituye el objeto del proceso (imputación, punibilidad, determinación de la sanción penal y responsabilidad civil) debe ser corroborado mediante pruebas introducidas legalmente al mismo con independencia del conocimiento que de tales hechos tenga el juez. Esto no impide, desde luego, que sea oficiosamente el mismo juez quien introduzca el elemento probatorio (ex artículos 155, apartado 3, y 385, apartado 2, del citado Código), pero no



podría suplirlo por su conocimiento privado. No se está ante una lógica dispositiva, propia del proceso civil, en que solo se prueba lo controvertido por las partes.

∞ Una excepción a la necesidad de prueba y al principio de investigación es la convención probatoria, permitida al amparo de los artículos 156, apartado 3, y 350, apartado 2, del Código Procesal Penal. Ésta constituye un acuerdo en forma (formalizado) de las partes procesales sobre hechos –siempre sobre circunstancias, no sobre el núcleo de la imputación– que no controvierten –o, mejor dicho, expresamente aceptados– y sobre medios de prueba necesarios para acreditar un hecho, que al ser aprobados por el Juez de la Investigación Preparatoria, dispensan de la carga de probarlos y, en su caso, determinan un medio de prueba convenido para acreditar determinados hechos (circunstancias), lo que luego no podrá ser discutido durante el plenario. Es una institución procesal, anómala desde luego y de interpretación restrictiva, que solo se configura a iniciativa y con acuerdo de las partes, así como aprobada expresamente por el juez, quien incluso puede rechazarla motivadamente.

∞ En el *sub-lite* no hubo convenciones probatorias. Luego es un error afirmar que el Fiscal Superior convino, en la audiencia de apelación (sic), que en la Jefatura de la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico (OSEM) del Gobierno Regional de Moquegua prestaba servicios LEONEL GONZÁLES PEÑARES, de quien el Tribunal Superior coligió que sería el responsable directo del manejo del combustible donado (ver: folio diecinueve: punto 1.7). De otro lado, los letrados (incluido el fiscal), en sus alegaciones, no pueden “convenir” nada y sus afirmaciones en el debate oral, como premisa de su discurso forense defensivo en orden a su posición procesal, no son fuente de prueba.

**SEGUNDO.** Que el delito de *pseulado* por apropiación, materialmente, es uno de infracción de deber, en cuya virtud las relaciones entre el agente oficial y el bien están definidas esencialmente por medio de un estatus del autor en relación con el bien, que se encuentra estrechamente vinculado a contextos normados –su responsabilidad o autoría se determina por medio de ese estatus, de una competencia institucional, no por medio de su ámbito de organización–. Este delito concreto, sin embargo, asumiendo la propuesta de SILVA SÁNCHEZ, también exige un elemento de dominio u organización trascendente a la pura vinculación institucional entendida como una organización común, lo que importaría que los *extranei*, que no infringen el deber institucional pero que dominan la dimensión de organización del delito o contribuyen a ella y no vulneran el deber institucional, puedan ser castigados tomando el marco penal del tipo delictivo que rige para el autor o *intranei* [vid.: VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, RONALD: *Los delitos contra la Administración Pública en el Perú: aproximación a una propuesta tripartida*. En: *Delitos contra la Administración Pública* (GARCÍA CAVERO – VÍLCHEZ CHINCHAYÁN: Directores), Editorial Ideas, Lima, 2020, pp. 26/29, 45].

**TERCERO.** Que, en el presente caso, como se ha señalado en ambas sentencias de mérito, en función a su competencia institucional el encausado ROSPIGLIOSI MENDOZA recibió el petróleo diésel dos donado por las dos empresas mineras (Southern y Quellaveco) y era la Oficina que dirigía la que debía administrar su utilización, en función a los vehículos del Gobierno Regional de Moquegua y respecto de la emergencia que se presentó en la Región. De igual manera, las sentencias de mérito declararon probado que con fines de control del combustible se abrió un “Cuaderno de Registro”, el cual visaba el citado encausado Rospigliosi Mendoza. Asimismo, en ese “Cuaderno de Registro” se descubrieron veintiuna adulteraciones en las diversas anotaciones, al punto que se detectó una apropiación de ochocientos seis galones de petróleo diésel dos donados por un monto de siete mil quinientos sesenta soles con sesenta céntimos.

∞ De igual modo, en la sentencia de vista se reconoció que el Manual de Organización y Funciones de la Jefatura que detentaba Rospigliosi Mendoza establecía en su apartado 3.5, que le correspondía, entre otros, organizar, coordinar, dirigir, ejecutar, controlar y evaluar el servicio de maquinarias y equipos como soporte logístico (ver: folio veinte de la sentencia de vista: 2.2).

∞ Empero, el Tribunal Superior agregó que en esa Oficina el encargado directo de la función específica de suministrar el combustible donado a las diferentes unidades y maquinarias que requerían combustible y realizar los registros o las anotaciones en el referido “Cuaderno de Registro” era el servidor LEONEL GONZALES PEÑARES. Por lo demás, acotó que el imputado Rospigliosi Mendoza no efectuó las adulteraciones desde que el perito grafotécnico Llamoca Lastarria se concentró en la existencia de adulteraciones –cuya realidad no se cuestiona– y no de la determinación de la autoría de aquéllas. Se invocó, al respecto, el principio de confianza y, en lo específico de Rospigliosi Mendoza, que realizó actos inocuos propios de su función, es decir, actos neutrales (ver: folios 21 y 22 de la sentencia de vista: puntos 4, 7 y 8).

**CUARTO.** Que, ahora bien, es obvio que las exigencias probatorias están en función o relación a los hechos abstractos fijados en el tipo penal y a los hechos concretos materia de la acusación –el segundo debe subsumirse en el primero–. En materia de delitos de infracción de deber, específicamente de *peculado*, lo que se castiga es que el agente oficial tenga caudales o efectos públicos (encomendados para atender necesidades del bien común y que se hallen en el circuito público) –lo que es patente en el presente caso y constituyen el objeto material del delito– por razón de sus funciones, en virtud de la función atribuida al puesto que desempeña en la estructura administrativa –aunque en muchos casos es posible una concepción más flexible de este requisito, tales como disposición de los bienes con ocasión de sus funciones o disposición de facto de los mismos– [conforme: DE URBINA GIMENO, IÑIGO y otros: *Lecciones de*

*Derecho Penal – Parte Especial*, 6ta Edición, Editorial Atelier, Barcelona, 2019, pp. 383/384]. La variable de apropiación exige (i) que el caudal o efecto público esté bajo su administración y que el agente oficial deba disponerlo a los fines de satisfacer el bien común (concretamente, en los marcos de los desastres naturales sufridos en la Región Moquegua), y (ii) que, pese a ello, se los apodera, vale decir, dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio [conforme: SALINAS SICCHA, RAMIRO: *Delitos contra la Administración Pública*, 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima, 2014, p. 311].

**QUINTO.** Que, como fluye de autos y ha sido enfatizado por los jueces de mérito, el imputado ROSPIGLIOSI MENDOZA recibió el combustible donado y la Oficina a su cargo debía administrarlo para su entrega a las unidades vehiculares del Gobierno Regional de Moquegua vinculadas a la superación de los desastres por lluvias. Parte de este petróleo diésel dos fue desviado, fue objeto de apropiación; y, para ocultar la apropiación, se adulteró los registros o las anotaciones en el “Cuaderno de Registro”.

∞ La prueba pericial es contundente al respecto, pero cuya interpretación y alcances ha sido tergiversada por los jueces de mérito. En efecto, la adulteración alcanzó los ochocientos seis galones y sobre esa base se valorizó el monto apropiado: siete mil quinientos setenta soles con sesenta céntimos. Entenderlo así configura, en todo caso, una inferencia correcta. Que la pericia grafotécnica no se pronunciara acerca de quién efectuó las adulteraciones, no es relevante para determinar la realidad de los cambios efectuados y, desde su acreditación, determinar los galones apropiados y su tasación.

∞ Por otra parte, en términos de interpretación o traslación –que, por cierto, no está influido por el principio de inmediación, radicado este último solo en la valoración del elemento de prueba– es patente lo siguiente: **1.** Según declaró el Jefe de la OSEM a partir del diecisiete de marzo, Jesús Ángel Alvarado Pacheco, quien tenía a su cargo el citado “Cuaderno de Registro” era el encausado Rospigliosi Mendoza y ordenaba el control del combustible. **2.** El Operador de Volquete Francisco Freddy Coayla Mamani señaló que el imputado Rospigliosi Mendoza era quien hacía las coordinaciones correspondientes. **3.** La trabajadora del Taller del Gobierno Regional, Silvia Yoselyne Meneses Sánchez, anotó que el acusado Rospigliosi Mendoza recibió el combustible donado y lo administraba, aunque no lo vio hacerlo. **4.** El Operador de Volquete Anibal Condori Pilco apuntó que era el procesado Rospigliosi Mendoza quien ordenaba que se proporcione combustible a las unidades, pero quien lo efectivizada era otro personal –el grueso de los testigos señalan a Leonel Gonzales Peñares, tales como Cuayla Mamani, Mamani Mamani y Yufra Mendoza–.

∞ Respecto del hecho de la administración del petróleo diésel dos donado y de la orden específica para la provisión de combustible, así como de la titularidad del “Cuaderno de Registro”, los órganos jurisdiccionales de mérito tampoco



interpretaron correctamente la información de los testigos –incluso omitió lo que dijeron en este punto los testigos Alvarado Pacheco, Coayla Mamani y Condori Pilco, de suerte que se trataba de prueba decisiva– y no la vincularon, como correspondía, con las exigencias típicas, más aún si se está ante un delito de infracción de deber –esto último revela, en todo caso, una inferencia probatoria a la que se aplicó una máxima de la experiencia impertinente al no estar vinculada con los alcances y naturaleza del tipo delictivo acusado–. No se trata de si específicamente el imputado Rospigliosi Mendoza adulteró personalmente determinadas anotaciones en el “Cuaderno de Registro” –no es un delito de dominio para el *intrañei*, desde que el factor de imputación es la infracción de un deber específico en función a su rol en la institución pública, al contorno de las normas extrapenales de referencia (no es relevante el dominio del riesgo)–. Lo significativo y cierto es que ROSPIGLIOSI MENDOZA administraba el petróleo diésel dos que fue donado, disponía la provisión del mismo a las unidades de la Región y el “Cuaderno de Registro” estaba a su cargo y bajo su control, más allá de que directamente un servidor bajo su mando (LEONEL GONZALES PEÑARES) efectuaba las anotaciones y se encargaba de surtir de combustible.

**SEXTO.** Que es de precisar que el delito de peculado se cometió en los marcos de una organización pública con definidas competencias institucionales internas. Así, es factible que la apropiación y, con ella, la falsedad documental, en términos específicos, la cometiera un dependiente –y que concurrentemente con otro agente oficial pudiera importar la comisión del delito–, pero el encausado Rospigliosi Mendoza como superior jerárquico, al no cumplir con sus deberes de control y vigilancia sobre aquél, también es responsable penal como autor. Es evidente, por lo demás, como una exclusión del principio de confianza, el supuesto de quien debe controlar la actuación o el trabajo de otro. El imputado Rospigliosi Mendoza tenía un deber positivo especial impuesto por su cargo y fijado en el Reglamento de Organización y Funciones de su dependencia pública; el debió haber evitado, y lo podía hacer, a partir del cumplimiento de este deber de control [conforme: GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho Penal – Parte General*, 3ra. Edición, Editorial Ideas, Lima, 2019, pp. 434 y 487/488], tanto más si estaba cerca del servidor y realizaba tareas vinculadas al destino del combustible a las unidades de la Región y dispuso y visaba las anotaciones en el “Cuaderno de Registro” –en todo caso, nada se ha expuesto y explicado jurídicamente sobre tan importante punto–. Por lo demás, es relevante al respecto el mérito del oficio 402-2015-ORCI/GR-MOQ, de veinticinco de junio de dos mil quince, del Órgano de Control Institucional del Gobierno Regional de Moquegua, dio cuenta, al hacer una visita inopinada a la Oficina cuestionada, de las deficiencias técnicas relevantes y del proceder indebido en la gestión de entrega y registro del combustible [vid.: fundamento tercero, A.2, del folio 3 de la sentencia de primera instancia, e incorporado



como prueba según folio ochenta y cuatro, punto tercero, del auto de enjuiciamiento].

∞ Siendo así, es claro que no se interpretó correctamente los alcances del principio de confianza en delitos de infracción de deber y, por ende, se inaplicó, tergiversando su contenido, el tipo delictivo de peculado por apropiación.

**SÉPTIMO.** Que, en consecuencia, debe ampararse el recurso de casación acusatorio. El Tribunal Superior infringió las reglas determinantes de la imputación objetiva y subjetiva respecto del delito de peculado doloso por apropiación; y, también quebrantó el requisito material de toda sentencia: la motivación, pues incurrió en dos patologías de motivación: motivación incompleta y motivación irracional (sobre inferencias probatorias y máximas de la experiencia).

∞ El imputado Rospigliosi Mendoza no estuvo presente en la audiencia de apelación [ver: párrafo quinto, folio doce de la sentencia de vista]. Luego, la reconsideración de los hechos requiere de una nueva audiencia y, esencialmente, oír al imputado en tanto negó los cargos o, en todo caso, darle oportunidad efectiva de hacerlo, siendo insuficiente el visionado de las audiencias precedentes; incluso la audiencia es necesaria aun cuando la decisión de la cuestión de hecho se base en prueba documental, pericial o en una revisión de inferencias sobre la imputación subjetiva, salvo cuando el caso se limite a cuestiones estrictamente jurídicas y los hechos declarados en la instancia anterior no se alteren [ver: párrafo quinto, folio cuatro de la sentencia de primera instancia]. Lo señalado es conforme con reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que abordó la materia, entre otras, en las Sentencias Constantinescu contra Rumanía de veintisiete de junio de dos mil, Vílchez Cancedoy y otros contra España de trece de marzo de dos mil dieciocho, Almenara Álvarez contra España de veinticinco de octubre de dos mil once, Lacadena Calero contra España de veintidós de noviembre de dos mil once, Gómez Olmedo contra España de veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, y Bazo Gonzales contra España de dieciséis de diciembre de dos mil ocho.

## DECISIÓN

Por estos fundamentos: **I. Declararon FUNDADO** el recurso de casación, por infracción de precepto material y violación de la garantía de motivación, interpuesto por el Señor FISCAL SUPERIOR DE MOQUEGUA contra la sentencia de vista de fojas novecientos setenta y cinco, de diez de julio de dos mil diecinueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas novecientos veintinueve, de veintisiete de marzo de dos mil diecinueve, absolvió a Christian Mario Rospigliosi Mendoza de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de peculado doloso con agravantes en agravio del Gobierno Regional



de Moquegua; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **II. CASARON** la sentencia de vista y actuando en sede de instancia **ANULARON** la sentencia de primera instancia. **III. DISPUSIERON** se realice nuevo juicio oral por otros jueces, en las dos instancias que pudieran tener lugar, los que tendrán en cuenta los criterios fijados en la presente sentencia casatoria; registrándose. **IV. ORDENARON** se lea la sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página Web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

**SAN MARTÍN CASTRO**

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/YLPR

